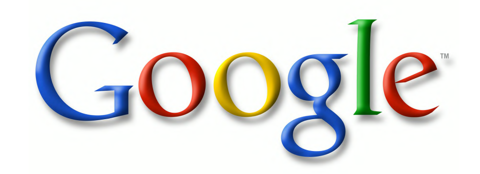
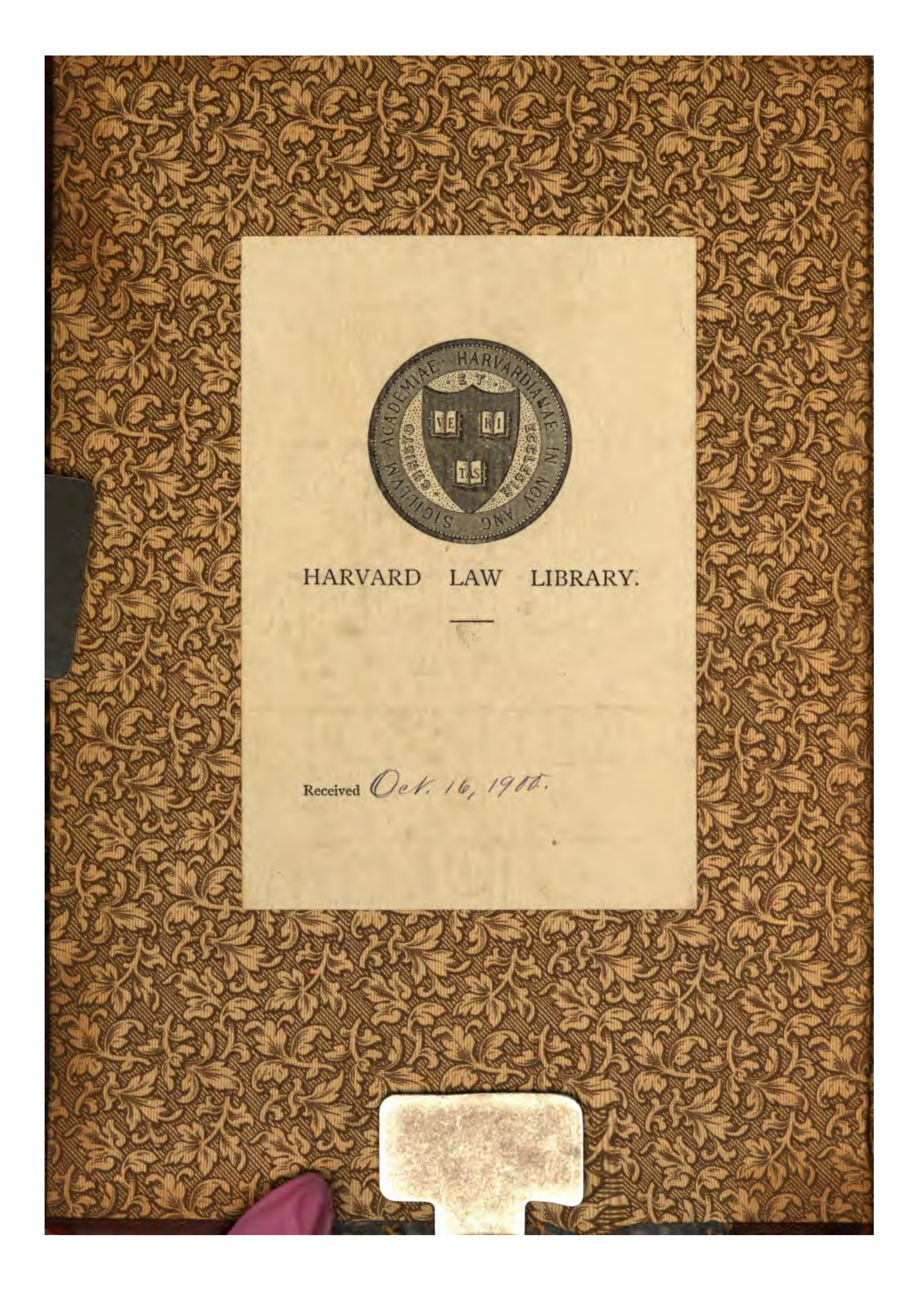




HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 097 745 707



ACADEMIAE HARVARDIANAE
ET
VE RI TAS
SIGILLVM
CHRISTO ECCLESIAE
IN NOV ANG



DIE

LEGIS ACTIO SACRAMENTO.

DIE

LEGIS ACTIO SACRAMENTO.

EIN VERSUCH

AUF DEM WEGE DER RECHTSVERGLEICHUNG.

VON

H. H. PFLÜGER.



LEIPZIG,

VERLAG VON DUNCKER & HUMBLOT.

1898.

I.

Die legis actio sacramento, so wie ihr mattes Bild aus dürftigen Berichten uns entgegentritt, ist nur ein wesenloser Schatten. Erst wenn wir sie tränken mit dem warmen Blute unserer Phantasie, wird sie uns Rede stehen über ihr vergangenes Leben. Nur müssen wir uns hüten, uns nicht selbst an diesem Zaubertranke zu berauschen, damit nicht Traumgebilde uns zum besten haben.

Weitaus am meisten wissen wir bekanntlich von der sacramenti actio in rem; denn der Bericht des Gaius[1], schon über jene nicht vollständig, ist, soweit er die legis actio sacramento in personam betrifft, nicht zu entziffern. Um so gröſser sind dann freilich die Rätsel, die das, was wir von der in rem actio wissen, uns aufgiebt.

Die legis actio sacramento in rem, insbesondere der Eigentumsprozeſs, verlief nach Gaius in folgender Weise.

Beide streitende Teile muſsten persönlich vor dem Magistrat erscheinen und die streitige Sache, wenn sie beweglich war, mitbringen. War es ein Grundstück, so

[1] Gai. 4. 13 ff.

begab in alter Zeit der Magistrat sich sogar mit den Parteien vor das streitige Haus oder hinaus aufs Feld, um dort in Gegenwart der Sache sein Gericht zu halten[2]. Zu der Zeit, die Gaius im Sinne hat, blieb er auch in diesem Fall auf seinem Richterstuhl, und die Parteien legten ihm nur einen Ziegel oder eine Erdscholle statt des streitigen Grundstückes vor die Füfse. Bei schwer beweglichen Sachen verfuhr man ähnlich[3].

Nehmen wir, um den Bericht des Gaius zu Grunde legen zu können, mit ihm an, der Gegenstand des Streites sei eine bewegliche Sache, und zwar die wertvollste, die die Römer kannten, ein Sklave.

Der Kläger hatte, wie billig, das erste Wort und erhob seine Klage in folgender Weise. Er ergriff den Sklaven mit der Linken und, ihn zugleich mit einem Stabe, festuca oder vindicta genannt, den er in der Rechten hielt, berührend, sprach er die formelhaften Worte:

> HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRITIUM MEUM
> ESSE AIO SECUNDUM SUAM CAUSAM SICUT DIXI.
> ECCE TIBI VINDICTAM IMPOSUI.

Das nannte man die vindicatio.

Jetzt hatte der Beklagte das Wort. Adversarius similiter dicebat et faciebat, sagt Gaius von ihm. Das heifst, der Beklagte ergriff den Sklaven nun auch mit der Linken, berührte ihn auch mit einem Stabe und sprach auch genau dieselben Worte, die er soeben von dem Kläger gehört hatte.

---

[2] Gellius 20. 10; Cicero, pro Murena 12. 26 und dazu Keller, Röm. Civilprozefs § 14 bei Anm. 211.
[3] Gai. 4. 17.

Wegen Gaius 2. 24 nennt man das heute die contravindicatio. Vindicatio und contravindicatio zusammen nannten die Römer bekanntlich das manum conserere oder die manus consertae.

Nachdem so beide Teile zum Wort gekommen waren, der eine seine Klage, der andere seine Antwort vorgetragen hatte, schritt der Magistrat ein, um den scheinbar drohenden Thätlichkeiten durch den Befehl vorzubeugen:

MITTITE AMBO HOMINEM.

Die streitige Sache war dadurch der Verfügung beider Parteien entzogen und in gerichtlichen Gewahrsam genommen.

Nun hob der Kläger wieder an:

POSTULO ANNE DICAS QUA EX CAUSA VINDICAVERIS.

Der Beklagte antwortete:

IUS FECI VINDICTAM IMPOSUI.

Der Kläger wiederum:

QUANDO TU INIURIA VINDICAVISTI QUINGENARIO AERIS SACRAMENTO TE PROVOCO.

Der Beklagte darauf:

ET EGO TE.

Was offenbar einer Wiederholung der eben vom Kläger gesprochenen Worte gleichkam.

Unter sacramentum ist, wie wir aufser aus Gaius [4] auch aus anderen Quellen [5] wissen, eine Summe Geldes zu verstehen, die jede Partei für ihre Rechtsbehauptung einzusetzen hatte, und die, wenn die Partei

---

[4] Gai. 4. 13.

[5] Festus v. Sacramentum; Varro, de lingua latina V. 180.

unterlag, dem Staatsschatz verfiel. Die Höhe dieser Geldsumme war gesetzlich festgelegt. Für Streitsachen im Werte von tausend As und mehr mufsten 500 As, für geringere 50 As eingesetzt werden. Der Sinn der letzten Wechselreden der Parteien ist also zweifellos der, dafs sie sich gegenseitig zur Einsetzung der sacramenta herausfordern.

Bezüglich dessen, was auf diese Worte folgte, verweist Gaius auf seine Darstellung des betreffenden Abschnittes der legis actio sacramento in personam, die uns, wie gesagt, leider nicht erhalten ist. Schwerlich entgeht uns dadurch aber mehr als die Beschreibung der Förmlichkeiten, unter denen die sacramenta eingesetzt wurden. Auf diese brauchte weiter nichts zu folgen, als was Gaius, in seinem Bericht fortfahrend, wieder mitteilt: das vindicias dicere, die vorläufige Verfügung des Magistrats über den Besitz der streitigen Sache. Gegen Stellung von Bürgen, praedes litis et vindiciarum genannt, wurde er einer der Parteien für die Dauer des weiteren Verfahrens anvertraut. Damit war das Verfahren in iure zu Ende, und das weitere war nun Aufgabe des iudicium.

Die Aufgabe des iudicium war es aber bekanntlich, zu entscheiden, utrius sacramentum iustum utrius iniustum sit[6], wessen sacramentum mit Recht eingesetzt sei und wessen nicht. So dafs der ganze Prozefs auf eine Wette hinauslief, die streitige Rechtsfrage eingewickelt in eine Wette zur Entscheidung gebracht wurde.

---

[6] Die Stellen bei Keller, Römischer Civilprozefs § 13 Anm. 201.

Das ist also die legis actio sacramento in rem nach Gaius und einigen ergänzenden Notizen anderer Schriftsteller. Ein Verfahren, so umständlich und so wundersam, dafs man sich versucht fühlt, in den Spott Ciceros [7] darüber einzustimmen. Und es hätte so einfach sein können, ruft er aus: „Fundus Sabinus meus est.“ „Immo meus.“ „Deinde iudicium!“

[7] Pro Murena 12. 26.

II.

Die neueren Schriftsteller, die sich zur Sache geäufsert haben, teilen sich in zwei grofse Gruppen[8].

Die einen nehmen die legis actio sacramento so, wie sie uns überliefert ist, und beschränken sich darauf, den in ihr ausgesprochenen Grundgedanken zu formulieren, die Lücken der Überlieferung zu ergänzen und allenfalls noch die Frage der Beweisverteilung und die Bedeutung der Vindicienregulierung dafür zu erörtern. Hierher gehören die Altmeister Keller[9] und Puchta[10], ferner Wetzell[11], v. Bethmann-Hollweg[12] und andere.

Die zweite Gruppe möchte tiefer eindringen. Wie kommt, fragt man, das Wort sacramentum, das doch eigentlich einen Eid bedeutet — Hauptfall der Fahneneid —, wie kommt dieses Wort zu der ungewöhnlichen Bedeutung einer Wettsumme, eines Wetteinsatzes? Die Alten erklären das bekanntlich daraus, dafs die Summe in alter Zeit in einem Heiligtume, in sacro, niedergelegt und, wenn verfallen, zu gottesdienstlichen Zwecken ver-

---

[8] Vgl. Bekker, Aktionen, I S. 61 Anm. 1.
[9] Röm. Civilprozefs § 13 ff.
[10] Institutionen I § 161.
[11] Der römische Vindikationsprozefs S. 44 ff.
[12] Röm. Civilprozefs I S. 57. 120 ff.

wendet worden sei[13]. Aber man weifs ja, was von den Worterklärungen der Römer zu halten ist.

Auf mancherlei Weise hat man nun die eigentliche Wortbedeutung Eid für die Ermittlung des „Urgedankens“[14] zu verwerten gesucht.

Zuerst Asverus[15]. Das gerichtliche sacramentum und der Fahneneid der Soldaten sind ihm sogar ein und dasselbe. In den manus consertae findet er den bildlichen Nachklang eines gerichtlichen Zweikampfes, eines Gottesurteils, durch das zu Romulus' Zeiten der Rechtsstreit ausgefochten worden wäre; und der Sacramentseid ist ihm ursprünglich das Mittel, durch das der vor Gericht um sein Recht Kämpfende, ebenso wie der Krieger durch den Fahneneid, das Recht zur Tötung des Gegners erlangte. Als dann, unter Numa dem Friedfertigen, der wirkliche Zweikampf durch den bildlichen der manus consertae ersetzt wurde, da habe sich auch das sacramentum aus einem Eide in ein Succumbenzgeld verwandeln müssen.

Nicht weniger phantasiereich, aber womöglich noch romantischer, hat Huschke[16] sich die Sache ausgedacht. Er stimmt Asverus im allgemeinen bei, läfst aber den Zweikampf ganz fallen. Ebenso wie die todesmutigen Legionen durch den Fahneneid für den Kampf geheiligt wurden und nur durch ihn das Recht bekamen, den

---

[13] Varro, De lingua latina S. 180. Festus, v. Sacramentum.

[14] Keller-Wach, Röm. Civilprozefs Anm. 113.

[15] Über die legis actio sacramenti, 1837.

[16] In der Recension der Schrift von Asverus in Richters und Schneiders Jahrbüchern III S. 665 ff. Vgl. auch Rudorff, Gromatische Institutionen S. 426.

Feind anzugreifen und zu töten, ebenso setze auch „ein Rechtskampf vor der Gottheit, weil das in seinem Wesen göttliche Recht auch im Staat das ganze Dasein des Bürgers bedingt, eine Heiligung der Personen mit Leib und Leben an die durch sie[17] kämpfende und das Recht vollziehende Gottheit“ durch einen ähnlichen Eid voraus. Nur dafs dann derjenige, dessen sacramentum demnächst als iniustum erkannt wurde, nicht wie der gefallene Krieger selber als sacer den Göttern verfiel. Sondern es wurde von vornherein „gleichsam eine Art Wergeld“ festgesetzt, durch dessen Zahlung der Unterlegene sich löste, und das dann selber sacramentum genannt wurde. „Das scheint mir eine traumhaft mengende Phantasie“, hat Puchta[18] gesagt.

Festeren Boden fühlen wir erst bei Jhering[19]. Dieser erinnert an die bedeutende Rolle, die im Mittelalter bekanntlich der promissorische Eid dadurch gespielt hat, dafs er das Mittel abgab, ein rechtlich unwirksames Versprechen verbindlich zu machen. Dasselbe vermutet Jhering in dem alten Rom. Wurde das beschworene Versprechen dann nicht erfüllt, so habe man sich statt an den rechtsprechenden Magistrat an die Pontifices gewendet[20]. Und wenn diese vielleicht auch

---

[17] Also mit sich selber?

[18] Institutionen I § 161 bei Anm. i.

[19] Geist des römischen Rechts (4. Aufl.) I S. 302 ff. bei Anm. 210a.

[20] Vgl. Dionys II 73: *Ποντίφικες γὰρ δικάζουσιν τὰς ἱερὰς δίκας ἁπάσας ἰδιώταις τε καὶ ἄρχουσι καὶ λειτουργοῖς θεῶν.* Plaut. Rudens V 3, 21: Tune meo pontifex periurio es? Angef. bei Jhering a. a. O. Anm. 213.

nicht, wie die geistlichen Gerichte des Mittelalters, ohne weiteres zuständig sein mochten, den Eidbrüchigen zur Verantwortung zu ziehen, so waren sie es jedenfalls dann, wenn die Parteien sich hierüber geeinigt hatten. Jede Partei habe dann vorher ein Succumbenzgeld einzahlen müssen, das bei ihrem Unterliegen dem Tempel verfiel, entweder als Strafe für den Eidbruch oder als Strafe für die falsche Anschuldigung des Gegners. Ja sogar in einem gewöhnlichen Rechtsstreit, dem gar kein eidliches Versprechen zu Grunde lag, habe man die Entscheidung der Pontifices anrufen können. Ihre Zuständigkeit habe sich jeden Augenblick durch Ableistung eines auf den Rechtsstreit bezüglichen Eides begründen lassen. Oder man habe vielleicht auch den Eid durch eine Fiktion ersetzt, so dafs die Einzahlung der sacramenta thatsächlich die Hauptsache war. Je seltener dann der Eid wurde, um so eher, meint Jhering, habe man sich daran gewöhnen können, unter der actio sacramento, die ursprünglich Eidesklage bedeutete, eine Klage mit Succumbenzstrafe, und unter sacramentum selbst das Succumbenzgeld zu verstehen.

Mit dieser Hypothese ins Gericht zu gehen, erscheint überflüssig, da Jhering selbst sie schon in der zweiten Auflage seines Werkes wieder aufgegeben hat[21]. Die ursprüngliche legis actio sacramento, meint er jetzt, sei einfach ein Schiedsverfahren vor dem geistlichen Gericht der Pontifices und das sacramentum eine Entschädigung in Geld, die den Göttern für die Zeit, die

[21] Sie ist aber auch in den folgenden Auflagen wieder mit abgedruckt worden. Vgl. Jhering a. a. O. S. 300 ff.

der Pontifex ihrem Dienst entzog, zu zahlen war[22]. Also der Urgedanke der Eidesklage ist ganz wieder fallen gelassen, und nur die besondere Beziehung der ursprünglichen legis actio sacramento zu den Pontifices ist geblieben. Sie ist aber auch ein dauernder Gewinn, den wir uns nicht entgehen lassen wollen[23].

Sehr fein, ganz wie Stintzing, hat Stintzing[24] zwischen beiden Bedeutungen von sacramentum, Eid und Wetteinsatz oder Succumbenzgeld, die Brücke zu schlagen gesucht. Das gerichtliche sacramentum ist ihm zwar kein Eid, aber ebenso wie der Eid ein Mittel zur Weihe und daher von den Römern mit demselben Worte wie der Eid genannt. Abweichend von dem Eide nur nach Form und Gegenstand, besteht das gerichtliche sacramentum darin, „dafs nicht der Mensch selbst, sondern ein Teil seines Vermögens durch Übergabe in Priesterhand der Gottheit verpfändet wird". Und es entspricht auch, meint Stintzing, dem Charakter der ältesten Zeit vollkommen, „dafs man von demjenigen, welcher einen Anspruch über sein Recht und Schutz desselben begehrt,

---

[22] Jhering a. a. O. S. 297 ff.

[23] Jhering hat übrigens seine Ansicht noch einmal geändert. In der „Urgeschichte der Indoeuropäer", S. 436, verfällt er, man kann nur sagen leider, auf die abgestandene Romantik des Gottesurteils zurück. Die legis actio sacramento soll an die Stelle der Gottesurteile der Urzeit getreten sein, und das „sacramentum war die Abfindungssumme, welche der Gottheit dafür entrichtet werden mufste, dafs sie die Entscheidung des Rechtsstreites durch Menschen duldete." Übrigens will ich durchaus nicht bestreiten, dafs die Vorväter der Römer Gottesurteile gekannt haben. Von ihrer gerichtlichen Verwendung scheint mir nur jede Spur ausgelöscht.

[24] Über das Verhältnis der legis actio sacramento zu dem Verfahren durch sponsio praeiudicialis S. 10 ff.

zuerst und vor allem verlangte, dafs er einen Teil des Seinigen den Göttern weihte, unter deren Schutz das Recht stand, deren Diener es bewahrten. In dem mystischen Begriff der Weihe liegt aber der Gedanke eingeschlossen, dafs das geweihte Objekt den Göttern zu Rache und Strafe verpfändet sei. In diesem Sinne weiht der Schwörende sein Haupt, und der Meineidige ist der göttlichen Rache verfallen (homo sacer); der Rechtsuchende aber weiht einen Teil seines Vermögens, damit er an diesem gestraft werde, wenn er unrechtlich die göttliche Hilfe in Anspruch nahm."

Das meiste Aufsehen gemacht und auch viele Anhänger gefunden hat aber die Hypothese von Danz[25]. Das gerichtliche sacramentum ist ihm wieder ein richtiger Eid, wenn auch kein Fahneneid, und mit Nachdruck stützt er sich dafür auf die Stelle des Festus v. Sacramento:

> Sacramento dicitur, quod [iuris iurandi sacratio]ne interposita actum [est; unde quis sacramen]to dicitur interrogari quia [ius iurandum interponitur][26].

In der ältesten Zeit, meint Danz, sei es vielleicht ein Recht, schwerlich aber schon eine Pflicht des Magistrats oder Pontifex gewesen, über streitige Rechte

---

[25] Der sacrale Schutz im römischen Rechtsverkehr, S. 151 ff. Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts, V S. 88 ff. Zeitschrift für Rechtsgeschichte VI S. 339 ff.

[26] Die Ergänzungen des lückenhaften Textes werden durch den Auszug des Paulus Diaconus: Sacramentum dicitur quod iuris iurandi sacratione interposita geritur, gesichert.

ohne weiteres ein Urteil abzugeben. Erst wenn beide Teile ihre Behauptungen beschworen hatten, wo dann auf einer Seite notwendigerweise ein falscher Eid, ein impium facinus vorlag, habe er nicht unthätig bleiben können. Im allgemeinen Interesse sowohl, als auch um nicht selber mit seiner Person religione adstrictus zu werden, habe er sich jetzt der Untersuchung nicht mehr entziehen können, wer von beiden Teilen sich des piaculum commissum schuldig gemacht und als impius entweder die sacra zu meiden oder ein piamentum, eine Bufse, zu leisten habe. Jene beiden Eide waren die sacramenta und dieses piamentum die von jener wohl zu unterscheidende summa sacramenti. Als freilich der alte Götterglaube geschwunden war, fügt Danz hinzu, da sei der Eid überflüssig geworden; und ebenso wie z. B. bei den Auspicien das dictum pro gesto gegolten habe, so hätten zu Gaius' Zeiten schon die blofsen Worte sacramento te provoco genügt.

Aber wird denn durch diesen Erklärungsversuch die legis actio sacramento nicht vollends rätselhaft? Wie ist es denkbar, dafs ohne mindestens einen falschen Eid, dafs ohne ein solch frevelhaftes Spiel mit dem Zorn der Götter das Recht nicht zu haben war? Altrömische Gottesfurcht sollte das zugegeben haben[27]? Nimmermehr.

Vergebens hat Danz aus dem griechischen, haben

---

[27] Vgl. Eisele, Beiträge zur römischen Rechtsgeschichte, S. 219, der dieses Bedenken für das einzig gewichtige gegenüber der Hypothese von Danz erklärt, es aber zu widerlegen sucht. Was er dagegen vorbringt, kann jedoch nicht überzeugen.

andere aus dem älteren deutschen Rechte Analogieen beizubringen gesucht.

So findet Danz[28] ein „völlig gleiches Verfahren“ in der *διωμοσία* des attischen Prozesses. Diese bestand darin, dafs zu Beginn des Prozesses beide Parteien, der Kläger auf seine Klage, der Beklagte auf seine Antwort, vereidet wurden. Der Eid des Klägers hiefs *προωμοσία*, der des Beklagten *ἀντωμοσία*, beide zusammen *διωμοσία*. Und die Aufforderung zu diesen Eiden, wie das Anbieten dazu, sagt Danz, habe *πρόκλησις τοῦ ὅρκου* geheifsen, an die römische provocatio sacramento erinnernd. Über die Folge der beiderseitigen Eidesleistung, was eigentlich die Hauptsache wäre, findet Danz allerdings in den Quellen nichts weiter gesagt. Jedenfalls war es aber die, meint er, „dafs durch den dann erfolgenden Urteilsspruch feststand, einer habe falsch geschworen. War an diese Thatsache dann noch ein weiterer Nachteil rechtlich oder sacral geknüpft, so trat eben dieser ein.“

Soweit Danz. Dabei hat er sich noch etwas anscheinend ganz Schlagendes entgehen lassen. Nach einer von Meier und Schömann angeführten Stelle[29] konnte sogar eine Entscheidung vorkommen: *πότερος εὐορκεῖ τῶν κρινομένων*, was doch vollends an das utrius sacramentum iustum utrius iniustum sit erinnert. Diese Stelle vor allem hätte Danz für sich anführen sollen; denn — er wirft doch einmal zwei ganz verschiedene

[28] Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts V S. 88 ff.

[29] Der attische Prozefs, bearbeitet von Lipsius, S. 898 Anm. 376.

Dinge, die nichts miteinander zu thun haben, durcheinander. Die *διωμοσία* ist ein beiderseits zu Beginn des Prozesses zu leistender Gefährdeeid, nichts weiter[30]. Der Eid dagegen, auf den die *πρόκλησις τοῦ ὅρκου* abzielt, ist ein Beweiseid, zu dem gegriffen wurde, wenn andere Beweismittel fehlten oder nicht ausreichten[31]. Dabei konnte es dann allerdings vorkommen, daſs beide Parteien zugleich zum Eide zugelassen wurden, und das Gericht sich vor die Entscheidung gestellt sah: *πότερος εὐορκεῖ τῶν κρινομένων*. Aber es liegt doch auf der Hand, daſs eine solche Entscheidung mit der des römischen iudicium über die Sacramenta nicht das mindeste gemein haben kann. Denn wird jene nötig gemacht durch den Mangel an Beweisen, so ergeht diese im Gegenteil auf Grund von solchen. Die Entscheidung *πότερος εὐορκεῖ τῶν κρινομένων* konnte nur eine solche über die gröſsere Glaubwürdigkeit der einen oder der anderen Partei in sich schlieſsen, und sie entsprach nicht dem utrius sacramentum iustum utrius iniustum sit, sondern eher dem uter vir melior sit, von dem bekanntlich Cato gesagt haben soll[32], daſs es in Ermangelung von Beweisen den Ausschlag geben könne.

Huschke[33], der seine eigene Hypothese später aufgegeben und die von Danz angenommen hat, und

---

[30] Meier u. Schömann a. a. O. S. 826 Anm. 178. Hudtwalcker, Über die öffentlichen und Privatschiedsrichter — Diaeteten — in Athen, S. 76.

[31] Meier u. Schömann a. a. O. S. 898 f.

[32] Gellius 14. 2 § 21.

[33] Die multa und das sacramentum S. 383 Anm. 85.

Karlowa[34] verweisen auf das ältere deutsche Recht. Aber die Eide, die nach der Lex Ribuaria 33. 1 beide Teile bei Vollziehung des Anfangs zu schwören haben, ebenso die Eide des Decr. Tass. IV 6, auf die Huschke und Karlowa sich berufen, sind ebenso wie die griechische *προωμοσία* und *ἀντωμοσία* nichts anderes als Gefährdeeide[35]. Die Übereinstimmung mit diesen geht sogar bis auf die Namen Voreid und Widereid[36].

Dabei mufs jedoch bemerkt werden, dafs Karlowa[37] die Hypothese von Danz, die er auf diese Weise zu stützen sucht, zugleich nicht unwesentlich verbessert hat. Zwar das Spiel mit dem Zorn der Götter durch die beiderseitigen Schwüre schreckt auch ihn nicht. Aber er führt aus, dafs der Zorn und die Strafe der beim Schwur angerufenen Götter den falsch Schwörenden nur soweit trafen, als er sich selbst ihnen in der Schwurformel unterworfen habe. Daher die Schwörenden stets so vorsichtig waren, statt ihres eigenen kostbaren Hauptes andere, weniger unersetzliche Güter, ursprünglich vielleicht Rinder und Schafe, später Geld, anzugeben, die dann, falls ihr Schwur falsch war, der Gottheit verfallen sein sollten.

Das ist Stintzing, der eingesehen hat, dafs alles, was die Römer sacramentum nennen, auch im Deutschen Eid genannt werden kann. Und dazu kommt nun noch

---

[34] Der römische Civilprozefs zur Zeit der Legisaktionen, S. 21.

[35] Vgl. Brunner, Rechtsgeschichte II S. 496 Anm. 2. Planck, Das deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter, I S. 833.

[36] Brunner a. a. O. S. 343.

[37] a. a. O. S. 19 f.

Sohm[38] mit der Analogie eines deutschen „Vieheides“ oder „Geldeides“[39].

Auch sonst läſst Sohm sich in bemerkenswerter Weise über die legis actio sacramento aus, und die Form, die er der ursprünglichen „Eidesklage“ giebt, ist vielleicht das Beste, was darüber gesagt worden ist. Die beiden aufeinander prallenden Eide sind ihm nämlich nicht das Mittel, um überhaupt ein Urteil, das sonst gar nicht zu haben wäre, zu ertrotzen, sondern sie dienten nur dazu, den Magistrat zu nötigen, daſs er auf die eigene Untersuchung und Entscheidung verzichtete und sie einem iudicium übertrug. Wieso man dazu kam, ein solches Gewaltmittel — denn das bleibt es — zu solchem Zweck für nötig zu erachten, erklärt Sohm leider nicht. Dies nachzuweisen, wird zu den Aufgaben der folgenden Untersuchung gehören.

Der Gegensatz von ius und iudicium, die Teilung des Richteramtes unter zwei Faktoren, den Magistrat und den oder die Geschworenen: war das wirklich eine „uralte Einrichtung“, wie Keller[40] ohne weiteres annahm? Nicht sowohl das Zeugnis Ciceros, als die innere Wahrscheinlichkeit und die ganze Logik der geschichtlichen Entwicklung sprechen dafür, daſs allerdings, wie Cicero[41] sagt, zur Zeit der Könige

> nec vero privatus erat disceptator aut arbiter litis,
> sed omnia conficiebantur iudiciis regiis;

[38] Institutionen § 48 Anm. 2.
[39] Vgl. darüber Brunner, Rechtsgeschichte II S. 430 f.
[40] Civilprozeſs § 1 bei Anm. 6.
[41] De re publica 5. 2. 3.

das heifst, dafs der König oder sein Stellvertreter dadamals ius und iudicium in seiner Hand vereinigte, selbst Beweis erhob und selbst das Urteil sprach[42].

Demnach soll im folgenden insbesondere der Versuch gemacht werden, nach der überlieferten Gestalt der legis actio sacramento erst den Prozefs der Königszeit im Geiste wieder herzustellen und dann zu zeigen, wie aus ihm die legis actio sacramento sich entwickelt hat.

In den allgemeinsten Zügen hat das schon Bernhöft[43] gethan. In dem Vindicienbescheide der legis actio sacramento sieht er nämlich die letzte Spur des ehemaligen Endurteils des Magistrats oder Königs. Und indem er darauf hinweist, dafs das römische Verfahren in iure genau dem attischen Vorverfahren vor dem Beamten, der sogenannten ἀνάκρισις, das Verfahren in iudicio der Verhandlung vor den attischen Volksgerichten entspreche, betont er besonders, dafs diese attische Hauptverhandlung als eine ἔφεσις, das heifst ein Berufungsverfahren gegen das vorgängige Urteil des Beamten aufgefafst werde, und hält er die selbe Auffassung auch für das römische iudicium für berechtigt. Sobald eine

---

[42] Vgl. über diese Frage: Dernburg, Heidelberger kritische Zeitschrift I S. 459. Rudorff, Römische Rechtsgeschichte II § 1 Anm. 7. Walter, Römische Rechtsgeschichte (3. Aufl.) § 692. v. Bethmann-Hollweg, Röm. Civilprozefs I § 22 bei Anm. 1. Schmidt, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte II S. 155. Bernhöft, Staat und Recht der römischen Königszeit S. 119 ff. 228 ff. H. Krüger, Geschichte der Capitis deminutio S. 227.

[43] a. a. O. S. 226 ff., Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft I S. 28.

solche Berufung an die Centumvirn in Form des sacramentum allgemeiner geworden war, sei die Bedeutung der Vindicien ähnlich zusammengeschrumpft, wie die des Kriminalverfahrens vor dem Inhaber des Imperium durch den Einfluſs der Provokation.

Die folgende Untersuchung wird die Richtigkeit dieser Hypothese bis zu einem gewissen Grade bestätigen. Wenn freilich Bernhöft auch zu dem sacramentum das Gegenstück in den *πρυτανεῖα*[44] des attischen Prozesses findet, — es ist das eine Geldsumme von gesetzlich festgesetzter Höhe[45], die bei gewissen Sachen von beiden Teilen zu Beginn des Prozesses eingezahlt und dem Obsiegenden vom Gegner zurückerstattet werden muſste — so kann man die Analogie dieser *πρυτανεῖα* mit dem römischen sacramentum doch nur insofern zugeben, als beide die Bedeutung von Succumbenzstrafen haben. Die dem sacramentum auſserdem noch eigentümliche Bedeutung als Wetteinsatz, in dem Sinne, daſs das Urteil geradezu auf sie abgestellt wurde, hatten die *πρυτανεῖα* zweifellos nicht. An eine Entlehnung aus dem attischen Recht ist daher nicht zu denken, sondern die Herkunft des sacramentum ist selbständig auf römischem Boden zu suchen, und das Zeugnis, welches hierüber in dem Worte sacramentum steckt, läſst sich nicht mehr in den Wind schlagen. Höchstens auf die Umwandlung des ursprünglichen wirk-

---

[44] Vgl. darüber Meier u. Schömann a. a. O. S. 809 ff.

[45] Die Höhe war auch ähnlich abgestuft wie beim sacramentum. Für Sachen von 100 bis 1000 Drachmen 3, von 1000 bis 10 000 Drachmen 30 Drachmen. Für wertvollere ist die Summe unbekannt.

lichen Eides in einen bloſsen Geldeid und auf die Einbürgerung des neuen Verfahrens mag das attische Vorbild nicht ohne Einfluſs gewesen sein.

Daſs die Aufgabe, die wir uns hiermit gesetzt haben, nicht zu lösen ist ohne ein namhaftes Aufgebot von Phantasie, ist allerdings wahr; und auf welche Abwege man dabei geraten kann, dafür fehlt es gerade bei unserem Gegenstande nicht an bedenklich stimmenden Beispielen. Aber ist Rechtsgeschichte, ist Geschichte überhaupt denkbar ohne Phantasie?

Und gegen die Gefahren der Phantasie können wir uns schützen durch ein offenes Auge im Aktsaal der Rechtsvergleichung.

III.

„Vor Gericht bewegen sich die Verhandlungen der Parteien in unmittelbarer gegenseitiger Wechselrede. Kläger und Beklagte wenden sich in ihren Vorträgen nicht etwa zunächst an den Richter, sondern jede Partei spricht ihren Widersacher in direkter Rede an . . . . . . Reden und Gegenreden der Parteien sind gemäſs dem Formalismus des Rechtsganges an rechtliche Formen gebunden. Die Erklärungen müssen bestimmte formelhafte Stichworte in sich aufnehmen; sie müssen cum verborum contemplatione abgegeben werden. Alles Vorbringen der Parteien wird nach dem Principe strenger Wortinterpretation behandelt . . . die Partei ist an das gesprochene Wort gebunden."

Ut qui vel minimum errasset litem perderet, könnten wir mit Gaius' Worten[46] hinzufügen. Gemeint ist aber nicht etwa die römische legis actio, sondern der älteste deutsche Prozeſs ist es, den Brunner[46a] mit den angeführten Worten charakterisiert. Die allgemeine Familienähnlichkeit zwischen beiden ist also unverkennbar. Übrigens ist auch der Grundzug des mittelalterlichen Pro-

---

[46] Gai. 4. 13.

[46a] Rechtsgeschichte II S. 342 ff.

zesses im wesentlichen kein anderer. Der Formalismus des Rechtsganges ist da vielmehr womöglich noch verschärft[47].

Wichtiger noch für uns ist aber die Übereinstimmung auch in einzelnen wichtigen Zügen, insbesondere beim Eigentumsprozefs.

Dafs auch der ältere deutsche Eigentumsprozefs mit Vindikation des Klägers und Kontravindikation des Beklagten eröffnet, ist bekannt[48]. Wach[49] und Brinz[50] haben dies bereits gegen die bekannten Zweifel Lotmars verwertet. Ja sogar an der begleitenden Form des Anfassens der Sache fehlt es im deutschen Rechte nicht[51].

Doch die Annahme, dafs der Eigentumsprozefs der Königszeit sich bis zu den Worten des Magistrats mittite ambo hominem, diese eingeschlossen, nicht wesentlich anders abzuspielen pflegte, als in historischer Zeit die legis actio vor dem Prätor, wird auch ohne den Hinweis auf das deutsche Recht schwerlich einer Einwendung begegnen.

Die Übereinstimmung zwischen der legis actio und

---

[47] Schröder, Deutsche Rechtsgeschichte S. 709 (§ 63).

[48] Sohm, Prozefs der Lex Salica S. 91. 96 ff. Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte II S. 515. Laband, Die vermögensrechtlichen Klagen nach den sächsischen Rechtsquellen des Mittelalters S. 176. Heusler, Die Gewere S. 227.

[49] Keller-Wach, Röm. Civilprozefs, Nachtrag zu S. 62. Anm. 204 (S. 471).

[50] Zur Kontravindikation der legis actio sacramento, Münchener Festgabe für v. Stengel S. 146.

[51] Sohm, a. a. O. S. 68, Brunner, a. a. O. S. 498. 513. Vgl. auch das gälische Recht bei Bernhöft, Staat und Recht der römischen Königszeit S. 250.

dem altdeutschen Prozeſs geht aber noch einen Schritt weiter.

Bekanntlich streitet man über die Bedeutung der Frage:

POSTULO ANNE DICAS QUA EX CAUSA VINDICAVERIS.

die nach dem Friedensbefehl des Magistrats der Kläger an den Beklagten richten muſste. Jhering[52], Karlowa[53] und andere beziehen sie ganz einfach auf den Erwerbsgrund. Und daſs vom sprachlichen Standpunkt aus diese Deutung am nächsten liegt, werden auch die Gegner nicht bestreiten wollen[54]. Daſs kaum eine andere übrig bleibt, ergiebt sich vielleicht schon daraus, daſs Lotmar[55] und Bechmann[56] den Worten des Gaius Gewalt anthun müssen, um eine andere Deutung zu geben. Sie streichen ihm die Kontravindikationsworte des Beklagten und benutzen dann unsere Frage, um die so geschaffene Lücke damit auszufüllen. Das eadem similiter dicebat et faciebat soll nur von dem Anlegen der festuca und dem begleitenden Aussprechen der Worte ecce tibi vindictam imposui zu verstehen sein. Infolgedessen habe nur der Kläger sich auf sein Eigentum berufen. Das Eigentum sei aber die causa ex qua vindiziert werde, und der Beklagte solle daher durch jene Frage gedrängt werden, nachträglich ein gleiches zu thun,

---

[52] Geist des römischen Rechts II S. 100 f.

[53] Der römische Civilprozeſs zur Zeit der Legisaktionen S. 74 f.

[54] Vgl. Bechmann, Studie im Gebiete der Legis actio sacramenti in rem S. 21.

[55] Zur legis actio sacramento S. 133 ff.

[56] a. a. O. S. 21 ff.

also zu erklären, dafs er auch ex causa dominii habe vindizieren wollen.

Dafs aber vollends die Erklärung causa gleich Erwerbsgrund die einzig richtige ist, wird bestätigt durch die bisher, wenigstens in den Schriften über die legis actio, noch nicht bemerkte auffallende Parallele des deutschen Rechts. Genau in dem entsprechenden Stadium des Prozesses nämlich, also nach geschehener Vindikation und Kontravindikation, sehen wir auch den deutschen Kläger nach dem Erwerbsgrund des Beklagten fragen. Das unzweideutigste Zeugnis dafür giebt der Richtsteig Landrechts, 26 § 4[57]:

> Hier vrage iene wedder, oft he icht tu rechte scole secgen, wo dat gut in sine were komen si...

Dafs damit in der That der Erwerbsgrund gemeint ist, ergiebt sich unwiderleglich aus § 5, wo der Fall, dafs der Beklagte sich auf Kauf beruft, genannt wird.

Nun dürfen wir aber folgendes nicht unbeachtet lassen. Wenn der Beklagte die nach dem Richtsteig Landrechts an ihn gerichtete Frage nicht beantwortete, so wurde er als sachfällig behandelt. Vor dem römischen Prätor dagegen liefs man ihn auf genau dieselbe Frage mit der Antwort her:

IUS FECI SICUT VINDICTAM IMPOSUI.

Das ist zweifellos alles andere als eine Angabe des Erwerbsgrundes. Ob also nicht doch Bechmann[58]

---

[57] Angeführt bei Laband, Vermögensrechtl. Klagen S. 177. Ebenda auch zwei weitere Zeugnisse. Vgl. aufserdem Heusler, Gewere S. 227, Institutionen II S. 24.

[58] a. a. O. S. 21.

recht hat, wenn er die Beziehung der Frage des Klägers auf den Erwerbsgrund deshalb verwirft, weil die Worte des Beklagten als Antwort auf diese Frage wie Spott und Hohn klängen und jedenfalls vollständig nichtssagend und ausweichend wären? Nichtssagend und ausweichend allerdings und folglich einer Verweigerung der Antwort gleich. Aber was verschlägt das gegenüber der Thatsache, dafs auch im deutschen Prozefs der Beklagte unter Umständen der Frage nach dem Erwerbsgrunde ausweichen konnte? Was gegenüber der weiteren, zwar von Gaius nicht erwähnten, wohl aber aus Cicero erweislichen Thatsache, dafs umgekehrt in der römischen legis actio unter Umständen auch statt des ausweichenden ius feci u. s. w. der Erwerbsgrund wirklich angegeben wurde? Allerdings ist die Weigerung des Beklagten dort und seine Willfähigkeit hier als Ausnahme von der Regel zu denken. Aber die legis actio vor dem Prätor und der altrömische Prozefs sind zweierlei: im altrömischen Prozefs war die Angabe des Rechtsgrundes auch die Regel und die Verweigerung der Antwort die Ausnahme. Doch kann das alles erst im weiteren Verlaufe der Untersuchung genauer aufgedeckt werden.

Hier ist noch eines zweiten Einwandes zu gedenken. Wenn anders nämlich die Kontravindikation des Beklagten Wort für Wort so lautete wie die Vindikation des Klägers, dann hatte er in dem Augenblicke, wo die Frage nach der causa an ihn gerichtet wurde, eben erst die Worte gesprochen:

SECUNDUM SUAM CAUSAM SICUT DIXI.

Eine verbreitete Meinung, die namentlich auch von

Jhering[59] vertreten wird, nimmt auch hierin causa gleich Erwerbsgrund. Die Partei soll sich durch diesen Zusatz zu ihrer Eigentumsbehauptung auf ihren vor Beginn der förmlichen legis actio in freier Rede vorgetragenen Erwerbsgrund berufen, was dann, ebenso wie die Bezugnahme der Nunkupationsformel auf die geschriebenen Worte der Testamentsurkunde[60], der ausdrücklichen Nennung in förmlicher Rede gleich gewesen sei. Wenn das richtig ist, hat man nun gesagt, dann kann der Kläger doch nicht mehr nach dem Erwerbsgrund fragen! Denn mit Jhering[61] stillschweigend anzunehmen, dafs allein der Kläger sich dieses Zusatzes bedient habe, geht denn doch, ohne den Worten des Gaius, adversarius eadem similiter dicebat et faciebat, Gewalt anzuthun, nicht an.

Die Lösung des Rätsels liegt auch hier darin, dafs legis actio sacramento und Prozefs der Königszeit zweierlei sind und mit verschiedenem Mafse gemessen werden müssen. Allerdings bedeutet auch in den Worten secundum suam causam das Wort causa nichts anderes als Erwerbsgrund. Aber in der legis actio sacramento zielte auch die Frage nach der causa gar nicht mehr, wenigstens in der Regel nicht, auf eine ernstliche Antwort ab. Im ältesten Prozefs dagegen, wo dies noch der Fall war, kamen die Worte secundum suam causam noch nicht vor[62].

---

[59] Geist des römischen Rechts III S. 585, IV S. 88 (4. Aufl.).
[60] Gai. 2. 104.
[61] Vgl. a. a. O. S. 110.
[62] Man kann sich dafür auch auf die Formel der in iure cessio, bei der sie fehlen, berufen. Vgl. Gai. 2. 24.

Sie sind vielmehr ein ganz später Zusatz zu den erstarrten Formeln der legis actio sacramento, der vielleicht erst aufkam, als man im Formularprozefs die Möglichkeit des agere expressa causa ausgefunden hatte[63]. Dafs man diese Worte auch dem Beklagten in den Mund legte, hat seinen einfachen Grund darin, dafs eine unerwartete Regelung der Vindicien zu seinen Ungunsten ihm das onus petitoris aufbürden konnte[64].

Allerdings hat namentlich Lotmar[65] gegen diese Auffassung der Worte secundum suam causam eingewendet, dafs sua causa auf nichts anderes als homo beziehbar, danach aber sua causa eine causa hominis und nicht causa dominii oder adquirendi dominii sei, dafs es ferner dann, dem allgemeinen Sprachgebrauch gemäfs, nicht heifsen dürfte secundum suam causam, sondern nur ex sua causa. Aber die causa hominis als causa dominii oder adquirendi dominii an diesem homo verstanden, findet ihr Gegenstück an einem auctor fundi, von dem Cicero[66] einmal redet, und der doch zweifellos als Gewährsmann für das Eigentum an dem Grundstück, gewifs nicht als

---

[63] Dem Zweck der Worte s. s. c. entsprechend, haben wir auch die alte Interpunktion, die sicut dixi zum vorhergehenden zieht, beibehalten. Der Vorschlag, den Punkt vor sicut dixi zu setzen und dies zum folgenden zu ziehen, haben unabhängig von einander zuerst Huschke (Zeitschrift für Rechtsgeschichte VII S. 175 ff.) und Bülow (Prozefseinreden und Prozefsvoraussetzungen S. 202) gemacht. Vgl. dagegen auch Lotmar, Zur Legis actio sacramento S. 108 ff.

[64] Über die Bedeutung der Vindicien für die Beweisverteilung vgl. meine Besitzklagen S. 78 ff.

[65] a. a. O. S. 107 ff.

[66] Pro Caecina 10. 27.

Urheber des Grundstücks oder dergleichen aufgefaſst werden kann. Und secundum causa statt ex causa, gewiſs, das ist ungewöhnlich. Aber sprachwidrig ist es nicht. Und meum esse aio ex iure Quiritium ex sua causa? Die Feder sträubt sich noch heute, eine solche Härte zu Papier zu bringen.

Endlich bleibt noch ein dritter Einwand, die Bedeutung der Frage nach der causa betreffend, zu besprechen. „Gegen die Annahme, daſs postulo anno dicas qua ex causa vindicaveris die Forderung der Angabe des Erwerbsgrundes sei, sagt Lotmar[67], spricht . . . dies Allgemeine, daſs die Forderung vom Kläger an den Beklagten und daſs sie nur vom Kläger an den Beklagten gerichtet wird. Es ist wider die römische Auffassung des prozessualischen Verhältnisses vom Kläger und Beklagten, daſs der Kläger den Beklagten zur Angabe seines Erwerbsgrundes auffordert, und noch mehr wider dieselbe, daſs nicht auch umgekehrt die gleiche Aufforderung seitens des Beklagten an den Kläger gerichtet wird[68]."

Daſs vom Standpunkte des klassischen, überhaupt des historischen römischen Rechts dieser Einwand durchaus begründet erscheint, wer wollte das bestreiten? Lotmar hätte sich dafür noch auf die „beinahe gereizte" [69]

---

[67] Zur legis actio sacramento S. 134 f.

[68] Die Konjektur Huschkes, Multa S. 430: statt qui prior vindica[verat, ita alterum interroga]bat postulo cett, zu lesen: q. p. vindica[verat ita adversarium et rursus post is alterum interroga]bat, verwirft Lotmar mit Recht als „eine zu beklagende kritische Verirrung".

[69] Vgl. Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs, S. 500.

Zurückweisung berufen können, die das Verlangen nach dem Erwerbsgrunde des Beklagten durch ein Reskript der Kaiser Arcadius und Honorius erhalten hat. Gemeint ist c. 12, C.Th. 11. 39:

> Cogi possessorem ab eo, qui expetit, titulum suae possessionis edicere, quae tanta erit amentia, ut ratione praepostera petitor ab eo, quem pulsat, informari suas postulet actiones, cum omnem probationem exigi oporteat ab eo, qui vindicare nititur non ab eo, qui se iuste tenere contendit? Intentanti namque, non suscipienti, probationum necessitas imponenda est; praeter eum qui edicere cogitur, utrum pro possessore an pro herede possideat.

In verkürzter Fassung, als c. 11, C. 3. 31, findet sich diese Stelle auch im Justinianischen Codex.

Lotmar hätte ferner noch ausdrücklich hervorheben können, dafs die Pflicht des Beklagten zur Angabe seines Erwerbsgrundes ohne die weitere Pflicht, den Erwerbsgrund auch zu beweisen, keinen Sinn habe; wie denn auch die Kaiser beide Pflichten als selbstverständlich verbunden in einem Atem nennen[70]. Das sei wohl deutsches, aber nimmermehr römisches Recht, hätte Lotmar sagen können.

Klassisches, überhaupt historisches römisches Recht, wie schon bemerkt, ganz sicherlich nicht. Aber, wie auch schon gesagt, historisches Recht und Recht der Königszeit sind zweierlei. Diese, wie das Insekt im

---

[70] Vgl. auch c. 2 C.J. 4. 19.

Bernstein, durch die legis actio sacramento uns erhaltene Frage nach dem Erwerbsgrunde, die in der legis actio regelmäfsig keinen Sinn mehr hat, sie beweist nur, dafs das römische Recht der Königszeit von dem Beklagten die Angabe und folglich auch den Beweis des Erwerbsgrundes verlangte, dafs es also von dem klassischen römischen Recht in einem wesentlichen Punkte von Grund aus abwich und mit anderen indogermanischen Rechten übereinstimmte.

Dafs nach älterem deutschen Recht nicht der Kläger, sondern der Beklagte in erster Linie zu beweisen hatte, folgt aus seiner Pflicht zur Angabe des Erwerbsgrundes und ist allbekannt. Aber auch vom altgriechischen Rechte gilt dasselbe. Auch das altgriechische Recht verlangte in erster Linie nicht vom Kläger, sondern vom Beklagten die Angabe und den Beweis seines Besitztitels[71], und es ist daher eine überaus ansprechende Vermutung von Mitteis[72], wenn er das Reskript der Kaiser Arcadius und Honorius mit diesem griechischen Rechtssatze in Verbindung bringt. Der Zornesausbruch der Kaiser hätte danach nicht dem müfsigen Einfall eines Thoren, sondern — Mitteis betont noch, „dafs das Reskript an den Statthalter der ganz hellenistischen Provinz Asia gerichtet ist" — einer Regung des unterdrückten griechischen Rechts gegolten; und er wird dadurch zugleich zu einem Zeugnisse dieses Rechts, das an Bündigkeit nichts zu wünschen übrig läfst.

---

[71] Leist, Der attische Eigentumsstreit, ein System der Diadikasien, S. 36 ff. Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht, S. 501 ff.

[72] a. a. O. S. 499 ff.

Was vom altdeutschen und altgriechischen, das gilt nach Bernhöft[73] ferner auch vom gälischen und altrussischen Recht. Ja auch im Lande des Lotos und des Sanskrit, auch nach indischem Recht, war es zuerst Sache des Beklagten, seinen Besitztitel anzugeben und zu beweisen.

Ebenso wird es, wie gesagt, auch im ältesten römischen Recht gewesen sein[74]. Und der König sprach dann selbst das Urteil, indem er je nach dem Ausfall des vor ihm geführten Beweises die streitige Sache der einen oder der anderen Partei addizierte.

Bis zu der Frage postulo anne dicas qua ex causa vindicaveris stimmt also der älteste Prozefs der Republik ganz mit dem der Königszeit überein. Erst durch die Worte ius feci sicut vindictam imposui, dadurch, dafs der Beklagte in dieser Weise die Antwort auf die Frage nach dem Erwerbsgrunde verweigert, wird er zur legis actio sacramento.

Eingehender können wir jedoch die Frage, wie aus dem Prozefs der Königszeit sich die legis actio sacramento entwickelt hat, jetzt noch nicht beantworten. Wir haben den Prozefs der Königszeit bisher nur in seinem einfachsten Verlaufe kennen gelernt, und das Bild bedarf noch der Ergänzung. Erst wenn das geschehen ist, können wir hoffen, eine besondere Prozefslage zu finden, bei der jene Umwandlung eingesetzt hat.

---

[73] Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft I S. 21. Staat und Recht der römischen Königszeit S. 166 ff., 248 ff. Vgl. auch Jhering, Geist, IV Anm. 129d a. E.

[74] Vgl. auch Bernhöft, Staat und Recht der Königszeit, S. 167.

IV.

Wenn im altdeutschen Prozeſs der Beklagte auf die Frage nach dem Erwerbsgrunde geantwortet hatte, er habe die Sache von einem andern gekauft oder geschenkt erhalten, oder sonst auf derivativem Wege unter Lebenden[75] erworben, dann konnte er den Beweis dieses Erwerbes nicht in der uns geläufigen Weise dadurch führen, daſs er den Auctor oder auch einen dritten, der die Vergebung mit angesehen oder angehört hatte, als Zeugen vorführte. Der Beklagte muſste vielmehr ganz aus dem Prozeſs ausscheiden und dessen Weiterführung dem Auctor überlassen, der nun statt des Beklagten als Partei in den Prozeſs eintrat[76]. Der Beklagte muſste „sich an seinen Gewähren ziehen". Die Frage, ob der Beklagte Eigentümer sei, verwandelte sich

---

[75] Über den Erwerb durch Erbgang, der eine Sonderstellung, vgl. Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte II S. 517 f.

[76] Vgl. Brunner, Rechtsgeschichte II S. 515 ff. Hübner, Der Immobiliarprozeſs der fränkischen Zeit S. 106 ff. Laband, Vermögensrechtliche Klagen S. 124 ff., 284 ff., und besonders S. 125: „Man kann den Unterschied zwischen dem römischen und deutschen System nicht treffender und kürzer ausdrücken, als es eine alte langobardische Prozeſsformel zum Edictum Rotharis 234 thut: Langobardus semper dat auctorem et nunquam stat loco auctoris; Romanus semper stat loco auctoris et nunquam dat auctorem.„

dadurch in die Frage, ob der Auctor befugt gewesen war, ihn durch die Veräufserung zum Eigentümer zu machen. Freilich konnte der als Auctor Bezeichnete das Eintreten in den Prozefs verweigern und dadurch den Beklagten beweis- und sachfällig machen, so dafs ihm nur noch die Möglichkeit blieb, sich auf Grund des angeblichen Veräufserungsgeschäfts bei dem Auctor schadlos zu halten. Liefs sich dagegen der Auctor auf den Prozefs ein, bekannte er sich also zu der Veräufserung und zur Gewährschaft, so war für die Frage seiner Veräufserungsbefugnis natürlich wiederum der Rechtstitel entscheidend, auf Grund dessen er selber die Sache einst erworben hatte. Diesen hatte also der Auctor zu beweisen. War aber sein Rechtstitel auch ein derivativer unter Lebenden, hatte der Auctor selbst wieder von einem dritten erworben, so mufste dieser dritte an seine Stelle treten, an dessen Stelle dann vielleicht ein vierter u. s. w. Wurde die Veräufserungsbefugnis des Beklagten nicht bewiesen, so konnte der ursprüngliche Beklagte sich natürlich auch in diesem Falle an seinem Auctor schadlos halten.

Wie im altdeutschen, so war es auch im griechischen Recht: nur mit dem Unterschiede, dafs der Beklagte hier die Wahl hatte, ob er *ἀνάγειν εἰς πράτην*, das heifst wörtlich „an den Verkäufer verweisen“, oder ob er lieber *αὐτομαχεῖν*, das heifst den Prozefs in römischer Weise als Selbstpartei durchfechten wollte [77]. Doch konnte, wie

---

[77] Meier u. Schömann, Der attische Prozefs S. 719 f. Doch bleibt unklar, ob M. u. S. den Gegensatz ganz in diesem Sinne auffassen. Leist, Der attische Eigentumsstreit S. 35 ff. versteht das *ἀνάγειν εἰς πράτην* als Hülfeleistung durch den

wir von Brunner[78] lernen, auch nach fränkischem Recht die Erlaubnis, den Streit ohne den Auctor selbst weiter zu führen, durch königliches Privileg erlangt werden, und gestattete das langobardische Recht schon früh, dafs der Erwerber eines Grundstücks sich das Recht zur defensio vice auctoris beim Erwerbe des Grundstücks gewähren liefs. Offenbar war daher auch im griechischen Recht das *ἀνάγειν εἰς πράτην* das ursprünglich Einzige, und bedeutet die mehr oder minder freie Zulässigkeit des *αὐτομαχεῖν* im griechischen wie im älteren deutschen Recht nur einen Übergangszustand auf dem Wege zu einem Rechte gleich dem römischen und dem heutigen, das nur das *αὐτομαχεῖν* kennt.

Aber noch zu Ciceros Zeit konnte auch im römischen Recht, bei der legis actio sacramento, ganz derselbe Fall vorkommen wie im griechischen und deutschen. Noch zu Ciceros Zeit konnte der Beklagte sich ebenso wie dort „an seinen Gewähren ziehen“, mit der Wirkung, dafs er als Partei aus dem Rechtsstreit ausschied und den Gewährsmann an seine Stelle setzte. Wir haben damit den früher schon in Bezug genommenen Fall vor uns, wo noch in der legis actio sacramento statt des ausweichenden ius feci u. s. w. ausnahmsweise über den Erwerbsgrund Bescheid gegeben werden mufste.

Dafs dieser Fall nur ein Vermächtnis der Königszeit sein kann, liegt auf der Hand.

Auktor „ganz ebenso“ wie im klassischen römischen Prozefs, also gerade als die Form der Beteiligung des Auctors, die nur beim *αὐτομαχεῖν* denkbar ist.

[78] Rechtsgeschichte II S. 516.

Unsere Behauptung ist übrigens keineswegs neu, wenn auch nicht allgemein anerkannt. Zwar dafs der Auctor auf Grund der Manzipation zur auctoritas verpflichtet ist, und dafs diese Verpflichtung eine prozessualische Bedeutung hat, auf eine besondere prozessualische Thätigkeit gerichtet ist, kann durch Bechmann[79] als festgestellt gelten. Aber Bechmann selber und viele andere denken dabei an eine blofse Beistandleistung von accessorischem Charakter nach Art unserer Nebenintervention, lassen den Beklagten also Hauptpartei bleiben. Die richtige Ansicht ist zuerst von Rudorff[80] ausgesprochen und in neuerer Zeit von Lotmar[81] auf Grund eines den Umständen nach ganz ansehnlichen Quellenmaterials ausführlich und überzeugend begründet worden. Und bei Voigt[82] findet sich auch schon der Hinweis auf das griechische Recht. Auf die dem Deutschen eigentlich noch näher liegende, durch die vollkommene Unzweideutigkeit des überlieferten Rechtssatzes überzeugendste Stütze der immerhin dürftigen römischen Quellenzeugnisse, auf das deutsche Recht, ist noch kein deutscher Romanist verfallen.

Auch das ist schon mehrfach bemerkt worden, dafs das Eintreten des Auctors durch eine von Valerius

---

[79] Der Kauf nach gemeinem Recht I S. 110 ff. Vgl. Lenel, Edictum perpetuum, S. 424 Anm. 4.

[80] Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft XIV S. 432 ff., Römische Rechtsgeschichte II S. 131.

[81] Zur legis actio sacramento S. 6 ff., Kritische Studien in Sachen der Contravindication S. 128 f.

[82] Die XII Tafeln II S. 194 ff., bei Anm. 20.

Probus vollständig, von Cicero[83] nur mit den Anfangsworten überlieferte Formel vermittelt wurde:

QUANDO IN IURE TE CONSPICIO POSTULO ANNE FAR (FUAS, FIAS) AUCTOR?

Es fragt sich nur, wem sie in den Mund zu legen ist. Lenel[84] hält sie mit Rudorff[85] für die formelle Litisdenuntiation des Beklagten an den Auctor, Karlowa[86] dagegen mit Huschke[87] für die Aufforderung des Vindikanten an den Auctor, sich zur Auctorschaft zu bekennen. Dies ist zweifellos das einzig Richtige. Denn nur mit dieser Annahme stimmt es, dafs unsere Formel, wie Karlowa treffend hervorhebt, von Cicero[88] ausdrücklich als eine Klage gegen den Auctor, als actio in auctorem praesentem[89] bezeichnet wird. Mit ihr will der Kläger den ursprünglichen Beklagten fahren lassen, um seine Klage gegen den Auctor zu richten.

---

[83] Pro Caecina 19. 54, pro Murena 12. 26.

[84] Edictum perpetuum S. 427 Anm. 2.

[85] Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft XIV S. 432 Anm. 196. Vgl. auch Bechmann, Kauf, I S. 112.

[86] Beiträge zur Geschichte des römischen Civilprozesses S. 18f.

[87] Das Recht des Nexum S. 184.

[88] Pro Caecina 19. 54.

[89] Die Bezeichnung actio in auctorem praesentem (vgl. darüber Lenel, Edictum S. 427 Anm. 2) erklärt sich wohl am einfachsten daraus, dafs zu Ciceros Zeit das Ziehen an den Auctor nur noch zugelassen wurde, wenn der Auctor in iure gegenwärtig war und nicht erst geholt zu werden brauchte. Daher auch die Fassung: quando te in iure conspicio u. s. w. D. h.: da du gerade da bist, will ich mich mit dir einlassen. War der Auctor nicht zur Stelle, so mufste der Beklagte αὐτομαχεῖν, konnte sich aber natürlich die Unterstützung des Auctors in iudicio sichern. Der Zweck der Einschränkung liegt auf der Hand.

Zugleich ist, was Karlowa übersieht, aber Voigt[90] hervorhebt, diese actio in auctorem praesentem auch noch ein weiterer Beweis für die nicht blofs accessorische Beteiligung des Auctors am Rechtsstreit.

Der weitere Verlauf dieser actio in auctorem praesentem ist uns nicht überliefert, läfst sich aber leicht vermuten. Nachdem der Auctor sich zur Gewährschaft bekannt hat[91], wiederholt der Kläger seine Vindikation, ebenso wie auch nach deutschem Recht die Klage ganz von neuem erhoben werden mufste[92]. Darauf — obwohl dies bisher bei allen Schriftstellern, auch denen, die den Auctor als Partei in den Prozefs eintreten lassen, der Stein des Anstofses gewesen ist — Kontravindikation des Beklagten. Der Auctor könne nicht kontravindizieren, da er weder Eigentümer sei, noch Stellvertreter sein könne: so sagen die einen, um jede andere als eine blofs accessorische Beteiligung des Auctors von der Hand zu weisen. Ebenso sagen aber auch die Vertreter der richtigen Ansicht: Lotmar, um es umgekehrt als Argument gegen die Notwendigkeit der Kontravindikation überhaupt zu verwerten.

Auch in dieser Frage wird uns der Blick auf den älteren deutschen Prozefs eines Besseren belehren. Die prozessualische Stellvertretung ist da gerade so unzulässig wie bei der legis actio und vollends im alten römischen Prozefs. Aber weit entfernt, das Eintreten des

---

[90] a. a. O. S. 200 Anm. 20.

[91] Das Gegenteil heifst auctoritatem defugere. Vgl. Bechmann, Kauf, S. 112 Anm. 3.

[92] Laband a. a. O. S. 126.

Gewähren an Stelle des ursprünglichen Beklagten zu verhindern, ist das — ich bitte, sich auf eine Überraschung gefafst zu machen — vielmehr der Grund, weshalb der Auctor an Stelle des ursprünglichen Beklagten eintreten mufs, weshalb der ursprüngliche Beklagte den Prozefs gar nicht weiter führen kann! Denn dieses letzte könnte er nur als prozessualischer Stellvertreter des Auctors; wie denn die, wie bereits bemerkt, durch königliches Privileg ausnahmsweise zu erlangende Zulassung des ursprünglichen Beklagten, statt des Auctors, als ausnahmsweise erteilte Erlaubnis zu prozessualischer Stellvertretung, und ebenso die Einwilligung des Verkäufers zur defensio vice auctoris in der Form einer Ernennung zum Prozefsbevollmächtigten sich vollzieht[93].

Den tieferen Grund dieser auffallenden Erscheinung findet Brunner, was die Liegenschaftsklage betrifft, in dem ursprünglich strafrechtlichen Charakter dieser Klage. Da diese den Vorwurf des Deliktes erhob, habe nur der Auctor, als der mögliche Urheber des Deliktes, sich dagegen verteidigen können. Hübner[94] dagegen erklärt sie aus dem ursprünglichen Mangel eines rechtsgültigen Übereignungsgeschäfts für Liegenschaften. Ein solches sei zunächst nur thatsächlich aufgekommen und habe daher auch anfangs nur thatsächliche Bedeutung gehabt. Der Veräufserer blieb Eigentümer und war folglich Eigentumsansprüchen dritten gegenüber, weil

---

[93] Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte II S. 516.

[94] Der Immobiliarprozefs der fränkischen Zeit S. 106 ff.

nur er kontravindizieren konnte, allein der richtige Beklagte. Weigerte er sich, diese Rolle zu übernehmen, so war der Erwerber schutzlos. So war es denn ein erster Schritt zur rechtlichen Anerkennung des Übereignungsgeschäfts, wenn man dem Veräufserer die Verpflichtung auflegte, die Verteidigung des Erwerbers dritten gegenüber zu übernehmen.

Auch wenn man sich kein Urteil anmafsen will, kann man doch an dieser zweiten Erklärung, so ansprechend sie ist, das aussetzen, dafs sie ausschliefslich auf den Immobiliarprozefs gemünzt ist, während doch beim Prozefs um Fahrnis, wo es an einem Übereignungsgeschäfte wohl nie gefehlt hat[95], genau dieselbe Erscheinung vorliegt. Die Brunnersche Erklärung dagegen verfängt auch da, und ihrer Übertragung auf das römische Recht steht kein Hindernis entgegen. Denn alle Wahrscheinlichkeit spricht dafür, dafs die älteste römische Vindikation neben all den anderen gemeinschaftlichen Zügen auch den ursprünglich strafrechtlichen Charakter, als Suche nach dem Landräuber oder Dieb, mit anderen indogermanischen Rechten, nicht blofs dem deutschen, gemein gehabt hat[96].

Aber die ursprüngliche Unverbindlichkeit des Übereignungsgeschäfts läfst sich vielleicht in anderer Weise verwerten, um nämlich beim Prozefs um Grundstücke die von Lotmar u. a. in Zweifel gezogene Legitimation

---

[95] Vgl. auch Hübner S. 107.

[96] Vgl. Bernhöft, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft I S. 21. Staat und Recht der römischen Königszeit S. 166 ff.

des Auctors zur Kontravindikation, zur Behauptung die Sache sei sein, zu erklären.

Jedenfalls für den deutschen Prozeſs. Handelte es sich hier um Fahrnis, so erhielt der Auctor seine Legitimation allerdings schon dadurch, daſs die streitige Sache ihm zurückgegeben wurde, was ursprünglich gewiſs als Rückgabe zum Eigentum gemeint war. Grundstücke dagegen muſsten zwar gleichfalls zurückgegeben werden; aber da, wie sich aus Ssp. III 83 § 3 ergiebt, keine Auflassung dazu gehörte, so wäre der Auctor dadurch doch zur Verteidigung der Sache noch nicht befugt geworden, es sei denn, daſs man annehmen will, die Auflassung sei in älterer Zeit allerdings notwendig gewesen und erst später als bloſse, nicht mehr verstandene Form weggelassen worden. Man kann aber auch, wie gesagt, auf die ursprüngliche Unverbindlichkeit des Übereignungsgeschäfts zurückgreifen. Die Auflassung an den Auctor war dann nicht nötig, weil er eigentlich noch immer Eigentümer war.

Auch im römischen Recht ist die Übereignung von Grundstücken zweifellos nicht von Anfang an anerkannt gewesen. Unsere Erklärung der Legitimation des Auctors paſst also auch da. Bei beweglichen Sachen dagegen konnte deren bloſse Rückgabe eigentlich nur solange allgemein genügen, als man die Manzipation beweglicher Sachen noch nicht kannte. Doch war man sich dessen bei Einführung der Manzipation schwerlich mehr bewuſst und verlangte deshalb gewiſs nicht, daſs dem Auktor die Sache remanzipiert werde. Dies schien um so weniger nötig, als man ohnehin der Legitimation des Auctors eine neue Unterlage geben konnte, die noch dazu den Vorzug

hatte, bei allen Sachen, beweglichen und unbeweglichen, mancipi und nec mancipi, gleich verwendbar zu sein. Die Legitimation des Auctors zur Kontravindikation fand sich jetzt, kann man sagen, in der Kontravindikation selber. Denn wenn der Auctor die streitige Sache anfafste und, sie mit dem Stabe berührend, die Worte sprach:

> HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRITIUM MEUM ESSE AIO,

und der, dem er sie übereignet hatte, stand dabei und sagte nichts dazu — im Gegensatz zum Kläger, der ebenfalls vindiziert hatte —, so gehört doch nicht viel guter Wille dazu, um zu sagen: das ist ja cessio in iure! Der Auctor wird Eigentümer, natürlich nur dem bisherigen Beklagten gegenüber, durch seine Kontravindikation.

Doch verfolgen wir das Verfahren weiter bis zu Ende. Auf die Kontravindikation des Auctors folgte natürlich wieder ein Friedensbefehl des Magistrats und darauf die Frage des Vindikanten nach dem Rechtsgrunde des Auctors: alles das genau so wie dem ursprünglichen Beklagten gegenüber. Wegen dessen, was dann folgte, mufs aber zwischen der entwickelten legis actio sacramento und dem ursprünglichen altrömischen Prozefs unterschieden werden. Bei der legis actio sacramento antwortete der Auctor in der Regel ausweichend mit ius feci sicut vindictam imposui, und darauf beiderseits Einsetzung der sacramenta[97]. Nur wenn er seinerseits einen Auctor zur

[97] Vgl. Cicero pro Murena 2. 3, Lucull. 19. 79.

Hand hatte, nannte er seine causa und es begann dann das Spiel mit dem zweiten Auctor von neuem u. s. w. Im Prozefs der Königszeit dagegen mufste der Auctor umgekehrt in der Regel seinen Erwerbsgrund nennen und beweisen. Das weitere versteht sich von selbst.

Die Prozefslage, an die die Umwandlung der legis actio sacramento angeknüpft hat, haben wir noch nicht gefunden. Gleich werden wir aber so weit sein.

V.

Die Frage postulo anne dicas qua ex causa vindicaveris stellt den Beklagten gewissermaſsen an einen Scheideweg. Antwortet er ius feci sicut vindictam imposui, so beschreitet er damit den Weg der legis actio sacramento. Giebt er dagegen Bescheid über seinen Rechtsgrund und zieht er sich an seinen Auctor, so betritt er den alten Weg des Königsgerichts. Zwar wird der Auctor diesen wenige Schritte weiter wieder verlassen, um sich auf die Frage nach seinem Rechtsgrunde mit einem ius feci u. s. w. zur legis actio sacramento seitwärts durchzuschlagen. Aber man sieht doch, wie der alte Weg in gerader Richtung weiter führte, einer verfallenen Römerstraſse in heutiger Feldflur vergleichbar.

Aber auch da, wo jetzt der Weg der legis actio sacramento abgeht, zweigte einst ein Seitenweg des Königsprozesses ab. Seit Eröffnung der neuen Straſse ist auch er verfallen. Aber wenn wir ihn aufdecken, werden wir die Prozeſslage finden, die wir suchen.

Wie wir bereits festgestellt haben, kommen die Worte ius feci sicut vindictam imposui, als Antwort auf die Frage nach dem Rechtsgrund des Beklagten, einer Verweigerung der Antwort gleich. Zugleich haben wir

aber darauf hingewiesen, dafs auch im altdeutschen Prozefs der Beklagte unter Umständen berechtigt war, die Auskunft über seinen Rechtsgrund zu verweigern, und haben wir uns den Nachweis vorbehalten, dafs, was bei der legis actio sacramento die Regel war, im Prozefs der Königszeit nur als Ausnahme aus besonderen Gründen vorkam.

Nach altfränkischem Recht konnte der Beklagte sich der Antwort dann erwehren, wenn er dreifsig Jahre unangefochtenen Besitzes beweisen konnte. Nach Langobardenrechte galt dasselbe; nur mufste der Beklagte sein Eigentum dann noch mit seinem Eide beschwören [98]. Im Mittelalter genügte bei Grundstücken sogar schon die kurze Frist von Jahr und Tag, die sogenannte rechte Gewere [99]. Aber auch hier derselbe Unterschied. Nach salfränkischem Recht weigert der Beklagte die Antwort schlechtweg, nach sächsischem Recht mufs er sein Recht an der Sache noch mit seinem alleinigen Eide beschwören [100].

Die Bedeutung dieser Vergünstigung besteht für den Beklagten darin, dafs er zum Beweise seines Rechtstitels keines Zeugen und keines Gewähren bedarf, vielmehr gewissermafsen sein eigener Gewährsmann ist [101]. Für den Gewähren andererseits war die selbstverständliche

---

[98] Heusler, Gewere S. 80 ff. Brunner, Rechtsgeschichte II S. 347. 517.

[99] Heusler, Gewere S. 237 ff. Institutionen S. 103 ff.

[100] Den Grund dieser Verschiedenheit bei der rechten Gewere siehe bei Heusler, a. a. O. S. 107 f.

[101] Heusler, Inst. II S. 137. Gewere S. 249. Laband, a. a. O. S. 330.

Folge die, dafs er von seiner Verpflichtung zur Gewährschaft befreit war.

Es ist schon von vornherein wahrscheinlich, dafs auch der altrömische Prozefs der Zeit eine ähnliche Bedeutung beimafs. Unmöglich konnten sie den Besitzer in alle Ewigkeit einer Bestreitung seines Besitztitels aussetzen wollen.

> USUS AUCTORITAS FUNDI BIENNIUM CETERARUM RERUM ANNUS.

Dieser von Cicero[102] uns überlieferte Satz der XII Tafeln bestätigt es mit lapidaren Worten.

In der römischen Überlieferung[103] gilt dieser Satz bekanntlich als die gesetzliche Grundlage der Usucapion; und das ist er auch zweifellos. Aber seinem Wortlaut nach, der von Usucapion nicht redet, kann er es nicht unmittelbar sein; vielmehr ist, wie sich alsbald zeigen wird, die Usucapion das künstliche Erzeugnis der Interpretation und als solches die Folge des Aufkommens der legis actio sacramento. Die Worte der XII Tafeln dagegen beziehen sich unmittelbar ausschliefslich auf den altrömischen Prozefs.

Zum Glück finden wir den Weg für diese Behauptung schon einigermafsen geebnet: „Die wahrscheinlichste Deutung dieser Worte, sagt Pernice[104], ist und bleibt die: usus und auctoritas, Besitz und Gewährschaft, sollen zwei Jahre dauern; gleichzeitig mit dem Besitze hört die

[102] Top. 4. 23. Pro Caecina 10. 54. Über die Fassung vgl. Pernice, Labeo II (2. Aufl.) S. 328 Anm. 2.

[103] Vgl. auch Gai. 242. 54.

[104] Labeo II (2. Aufl.) S. 328.

Gewährspflicht des Vormannes auf; sie ist nicht mehr erforderlich, weil der Erwerber sich auf die Zeit seiner Inhabung als auf ein Recht berufen kann: „tempus ei pro auctore est.“ Also genau wie im deutschen Recht eine Beschränkung der Gewährschaftspflicht auf die Zeit desjenigen Besitzes, nach dessen Vollendung der Erwerber den Gewähren nicht mehr braucht! Der Auctor dieser wahrscheinlichsten aller Deutungen ist aber Theodor Mommsen[105]; und seine Auctorität, verbunden mit der schlagenden Bestätigung durch das deutsche Recht, mögen uns der Aufgabe entheben, die bis in die neueste Zeit reichenden Deutungen, die ohne rechtsvergleichende Aktstudien doch nur ins Blaue phantasieren, hier zu besprechen.

Allerdings denken weder Mommsen, noch Pernice dabei an einen altrömischen Prozefs, in dem die Berufung auf Usucapion noch kein Verständnis fand. Der zweijährige usus ist ihnen die Besitzzeit der Usucapion, welch letztere sie sich als durch den XII Tafelsatz zwar nicht eingeführt, aber geregelt denken. Uns dagegen hat der Usus mit der Usucapion noch nichts zu thun, findet vielmehr der usus sein Gegenstück im deutschen Recht ebenso wie die Auctoritas. Uns ist der usus die technische Bezeichnung für denjenigen Besitz, der ebenso wie die sogenannte rechte Gewere des deutschen Rechts den Beklagten berechtigte, sich der Antwort auf die Frage nach seinem Rechtsgrunde zu wehren, zugleich aber, wie ins-

[105] Diss. ad legem de scribis et viatoribus et de auctoritate. Kiel 1843. Übereinstimmend auch Danz, Die auctoritas und die annalis exceptio Italici contractus, bes. 18 ff.

besondere nach langobardischem und sächsischem Recht, ihn verpflichtete, sein Eigentum mit seinem Eide zu beschwören. Welches Recht er dann aber nicht mit den inhaltlosen Worten geltend machte: ius feci sicut vindictam imposui, die vielmehr erst spätes Flickwerk sind, sondern mit Worten, in denen er sich ausdrücklich auf den usus und seine Dauer berief[106].

Der usus ist mit einem Worte die rechte Gewere des alten römischen Rechts.

Und der Eid, den der Beklagte auf Grund des usus und auf Aufforderung des Klägers über sein Recht ablegte, war natürlich ein sacramentum, und — aus diesem einen sacramentum sind die beiden sacramenta der legis actio sacramento entstanden.

Die Prozefslage, die wir suchten, ist da.

---

[106] Vgl. die Formel zu Grimoald bei Brunner, Rechtsgeschichte II S. 347 Anm. 31: non tibi respondeo, quia possessi per XXX annos.

VI.

Wie ist nun die Umwandlung des ältesten römischen Prozesses in die legis actio sacramento vor sich gegangen? Dieses haben wir jetzt nachzuweisen.

Zuvor ist jedoch festzustellen, ob in der That bei der legis actio sacramento die sacramenta in folgender Reihenfolge eingesetzt wurden: erst der Beklagte, dann der Kläger, nicht etwa umgekehrt. Denn nur unter dieser Voraussetzung durften wir die Behauptung wagen, dafs der Prozefs der Königszeit, falls der Beklagte sich auf usus berief, mit dem alleinigen Eide des Beklagten endete. Nur die addictio mufste natürlich noch nachfolgen. Das sacramentum des Klägers, und was darauf folgt, wäre dann ein späterer Zusatz.

In der That kann nun aber die Bejahung der aufgeworfenen Frage heute nicht mehr zweifelhaft sein. In früheren Jahren hat man darüber allerdings einen lebhaften Streit geführt, der an das sacramento te provoco des Klägers anknüpfte. Keller[107], und die ihm folgten, nahmen sacramento für den Dativ, so dafs der Kläger den Beklagten auf sacramentum oder zum sacramentum

[107] Römischer Civilprozefs, § 13 Anm. 196.

aufforderte, ihn also zuerst einsetzen liefs. Stintzing[108], Danz[109] und andere dagegen waren für den Ablativ und liefsen den Kläger vielmehr durch das von ihm zuerst einzusetzende sacramentum den Beklagten zu dem gleichen Einsatz herausfordern. Die Wahrheit liegt in der Mitte. Wie Huschke[110] überzeugend gezeigt hat, hat Keller zwar grammatisch unrecht, aber sachlich recht, Stintzing dagegen grammatisch recht, aber sachlich unrecht. Sacramento ist allerdings Ablativ. Aber ebenso wie sponsione provocare bei Gai. 4. 93 nicht heifst: „dadurch, dafs man sich in der Wette zuerst verpflichtet, den andern zu gleicher Verpflichtung unter umgekehrter Bedingung herausfordern (denn bekanntlich wird sponsione zuerst der Aufgeforderte verpflichtet, der dann auch restipulatione den Auffordernden wieder verpflichtet), sondern durch Vorsagung der Sponsionsworte (. . . . spondesne?) einen andern zur Verpflichtung mit sponsio auffordern[111]"; ebenso bedeutet auch sacramento provocare nicht durch Leisten des Eides, sondern durch Vorsagen der Eidesformel zum Eide herausfordern.

Es steht also fest, dafs das sacramentum des Beklagten das erste war. Nun fragt es sich: wo kommt das zweite sacramentum her?

Nach altem deutschen Recht konnte der Kläger, wenn er einen Meineid kommen sah, den Eid des

---

[108] Über das Verhältnis der legis actio sacramento zu dem Verfahren durch sponsio praeiudicialis S. 7.

[109] Der sacrale Schutz im römischen Privatrecht, S. 165 ff.

[110] Die multa und das sacramentum S. 362 Anm. 21.

[111] Huschke, a. a. O.

Beklagten schelten[112]. Er mufste es nur thun, ehe der Beklagte geschworen hatte, und die Entscheidung erfolgte dann durch Gottesurteil.

Sollte nicht auch das älteste römische Recht eine Eidesschelte gekannt haben?

Allerdings ohne nachfolgendes Gottesurteil durch gerichtlichen Zweikampf und dergleichen. Dieses barbarische Mittel ist schon in der Königszeit überwunden worden. Aus der legis actio sacramento läfst sich vielmehr folgendes erschliefsen.

Die Eidesschelte mufste, ebenso wie im deutschen Recht, erfolgen ehe der Eid geleistet, geschweige das Urteil des Königs, die addictio, ergangen war. Sie mufste sofort erfolgen, nachdem der Beklagte die Aufforderung zum Eide angenommen hatte. Zugleich mufste aber der Scheltende, da er doch den Gegner der Gefahr aussetzte, als Meineidiger für sacer erklärt zu werden, selber dieselbe Gefahr auf sich nehmen, mufste er dem gescholtenen sacramentum sein eigenes sacramentum entgegen zu setzen bereit sein. Daher jetzt die Aufforderung des Beklagten an ihn, auch seinerseits zu schwören, dafs die Sache sein sei. Nahm er diesen Eid an, und blieb auch der Beklagte fest, dann beiderseits Leistung der Eide und zum Schlufs statt des königlichen Endurteils, der addictio rei, die vorläufige Ausfolgung der streitigen Sache an eine der Parteien gegen Bürgschaft, das vindicias dicere. Die Untersuchung und Entscheidung, wer falsch geschworen habe und folglich sacer sei, utrius sacramentum iustum

---

[112] Brunner, a. a. O. II S. 373 f. 434 f.

utrius iniustum sit, war dann — wir brauchen es nicht weiter zu begründen — natürlich Sache der Hüter des ius sacrum, der Pontifices.

Wie aus alle dem die legis actio sacramento geworden ist, ist jetzt leicht zu sagen. Die legis actio sacramento ist das caput mortuum des altrömischen Prozesses mit nachfolgender Eidesschelte.

Gründe, die zu dieser Umwandlung führten, finden sich auf seiten des Magistrats ebenso wie auf seiten der Rechtsuchenden. Auf Seite des Magistrats, damals noch der Konsul, das Bedürfnis nach Verminderung seiner angeschwollenen Geschäftslast. Welche Erleichterung für ihn, wenn er, ohne die oberste Leitung der Rechtspflege überhaupt, wie jedes einzelnen Prozesses aus der Hand zu geben, Beweisaufnahme und Urteilsfindung auf andere Schultern abladen konnte! Auf seiten der Rechtsuchenden der schon von Jhering[118] hervorgehobene „Ruf der Rechtskenntnis, in dem die Pontifices standen, der Vorzug der Ständigkeit der Behörde, einer konstanten Praxis und Tradition, den dieses Gericht vor dem weltlichen Richter voraus hatte."

Die Umwandlung selbst vollzog sich wie folgt. Um zu entscheiden utrius sacramentum iustum utrius iniustum sit, mufsten die Pontifices, allgemein ausgedrückt, untersuchen, wer von beiden Eigentümer sei; und ihre Zuständigkeit, diese Civilrechtsfrage zu untersuchen, war auf den Fall der Eidesschelte beschränkt. Sollte ihnen dieselbe Frage auch ohne Eidesschelte zur Untersuchung und

---

[118] Geist des römischen Rechts I S. 305.

Entscheidung übertragen werden, so mufsten, um ihre Zuständigkeit zu begründen, der Prozefs vor dem Magistrat und die Eidesschelte wenigstens zum Schein vorgenommen werden. Statt der wirklichen Eide wurden daher blofse „Vieheide“ oder „Geldeide“ geleistet, was zugleich den Vorteil hatte, dafs die statt des eigenen Hauptes eingesetzten Viehhäupter oder Gelder den Göttern für die Zeit, die die Pontifices ihrem Dienst entzogen, zur Entschädigung gereichten. Die ausdrückliche Berufung auf den usus als Antwort auf die Frage nach der causa mufste aber ebenfalls vermieden werden. Denn sonst hätte der Magistrat den Beweis des usus aufzunehmen gehabt, und die ganze Komödie war dann auf den Fall beschränkt, wo der Beklagte sich wirklich auf usus berufen konnte. So entstand die inhaltlose Formel ius feci sicut vindictum imposui[114], eine verblümte Verweigerung der Antwort und zugleich geeignet, der darauf folgenden Aufforderung zum sacramentum:

> QUANDO TU INIURIA VINDICAVISTI . . . SACRAMENTO TE PROVOCO,

als Stichwort zu dienen. Dafs man nicht auch die Frage nach dem Erwerbsgrund wegliefs und die Aufforderung zum Eide unmittelbar an die Kontravindikation anknüpfte, erklärt sich einfach daraus, dafs man dem Beklagten die Möglichkeit, sich an seinen Auctor zu ziehen und diesem das periculum iudicii durch Einsetzung des sacramentum zu überlassen, offen halten wollte. Nicht minder ver-

---

[114] Über den Sinn der Worte vgl. Lotmar, Zur legis actio sacramento S. 141 ff.

ständlich ist es, daſs in dem überlieferten Formular der legis actio sacramento von Eidesschelte keine Rede mehr ist, daſs an sie nichts weiter mehr erinnert als die gegenseitige Aufforderung zum sacramentum. Seit die Leistung des Eides nur noch zum Schein erfolgte, war die Eidesschelte nur mehr die welke Hülle, unter der sich der neue Gedanke einer Wette verbarg; und nur dem natürlichen Lauf der Dinge entspricht es, wenn diese Hülle schlieſslich abfiel und die Prozeſswette übrig blieb.

Auch hat diese ganze Umwandlung sich nicht von heute auf morgen vollzogen, sondern sie war das stille Werk eines längeren Zeitraumes. Anfangs verstand der Magistrat sich vielleicht nur bei einer besonders langwierig aussehenden Sache und nur mit Einwilligung beider Parteien dazu, die Pontifices zu beauftragen. Später wurde vielleicht auf Wunsch der einen die andere Partei zur Einwilligung genötigt; und erst ganz spät wurde das alte Verfahren ausnahmslos versagt. Wie lange aber der Kampf gedauert hat, wer vermöchte das zu sagen? Nur vermuten läſst sich, daſs die Gesetzgebung der XII Tafeln in die Zeit des Überganges hineinfiel, und daſs sie die Entwicklung zwar nicht beendet, aber beschleunigt hat. Denn neben den auf den alten Prozeſs gemünzten Bestimmungen über usus und auctoritas finden wir bekanntlich solche über die Höhe der sacramenta [115] und die Regelung der Vindizien [116]. Und denkbar ist es, daſs

---

[115] Gai. 4. 14.

[116] Livius 3, 44, 11. 12. Sonst läſst sich aus dem Bericht des Livius über den Prozeſs der Verginia für unsere Frage nichts entnehmen, da die Überlieferung überhaupt widerspruchsvoll ist.

der Eifer und Erfolg, womit die Pontifices sich sofort an die Interpretation der XII Tafeln begaben, durch das thatsächliche Monopol der Rechtskunde, das er ihnen einbrachte, dem altrömischen Prozeſs schon bald nach den XII Tafeln den Garaus gemacht hat.

Während Livius die Entscheidung des Appius als bloſsen Vindizienbescheid auffaſst, hält Dionys 11. 36 ihn für das Endurteil.

VII.

Die Umwandlung des altrömischen Prozesses in die legis actio sacramento war nicht blofs von formaler Bedeutung, sie vollzog sich nicht ausschliefslich auf dem Boden des Prozesses, sondern auch auf das materielle Recht hat sie eine tiefe einschneidende Wirkung ausgeübt. Nicht etwa blofs dadurch, dafs sie die Pflege und Fortbildung des Rechtes den Pontifices in die Hände spielte. Sie hat dem materiellen Recht auch unmittelbar ihren Stempel aufgedrückt.

Der legis actio sacramento verdankt das römische Recht die ihm eigentümliche Gestaltung der Vindikation; und der legis actio sacramento verdankt es ebenso die Ausbildung der Usucapion.

Im altrömischen Prozefs, haben wir gesehen, war es ebenso wie in anderen indogermanischen Rechten in erster Linie Sache des Beklagten, seinen Erwerbsgrund anzugeben und zu beweisen. Durch die legis actio sacramento mufste dies Verhältnis notwendigerweise umgekehrt und damit, wie gesagt, diejenige Gestalt der sogenannten Eigentumsklage geschaffen werden, die wir, da sie dem klassischen römischen Recht angehört, so gerne als die gewissermafsen vom Himmel gefallene, einzig mögliche zu

betrachten geneigt sind [117]. Denn schon im altrömischen Prozefs, wenn der Kläger den wirklichen Eid des Beklagten unter Einsetzung seines eigenen Eides wirklich gescholten hatte und die Pontifices vor der Frage standen, utrius sacramentum iustum utrius iniustum sit, konnten sie als verständig und billig denkende Männer in der That gar nicht anders, als den Kläger zuerst zur Verantwortung zu ziehen. Denn konnte dieser nichts anführen, was seine Behauptung, Eigentümer zu sein, als wenigstens prima facie begründet erscheinen liefs, so war sein sacramentum offenbar iniustum, und er hatte gar kein Recht, das sacramentum des Gegners in Zweifel zu ziehen [118]. Dieses konnte dann, da wo kein Kläger mehr ist, auch kein Richter mehr sich findet, unangetastet bleiben, brauchte daher auch nicht einmal für iustum er-

---

[117] Vgl. Bernhöft, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, I S. 26 f.

[118] Der Fall, über dessen Möglichkeit man streitet, dafs auch beide sacramenta für iniusta erklärt werden, konnte gar nicht vorkommen. Die drei Möglichkeiten waren vielmehr: sacramentum petitoris iniustum esse, in dem oben besprochenen Falle, sacramentum possessoris iustum esse, wenn dem Beklagten seine Rechtfertigung geglückt, sacramentum petitoris iustum esse, wenn die Rechtfertigung nicht geglückt war. Entsprechend im Formularprozefs: rem petitoris non esse, rem possessoris esse, rem petitoris esse. — Überhaupt ist es eine Verirrung, wenn man vielfach angenommen hat, die Beweisverteilung wäre bei der legis actio sacramento anders gewesen als bei der formula petitoria, es hätte dort schon das „relativ bessere Recht“ den Ausschlag gegeben und dergleichen mehr; wie denn germanistische Lesefrüchte meistens da verwertet zu werden pflegen, wo sie nicht am Platze sind. Grund dieser Verirrung ist das Gefühl, dafs es ohne actio Publiciana mit der probatio diabolica nicht auszuhalten gewesen wäre. Er fällt weg, wenn man diesen Aberglauben aufgiebt.

klärt zu werden. Es lag also nahe, jetzt zuerst vom Kläger die Angabe und den Beweis seines Besitztitels zu verlangen. Mehr freilich auch nicht. Unsere Juristen würden natürlich sofort mit der probatio diabolica [119] bei

[119] Die probatio diabolica habe ich schon im Archiv f. d. civilistische Praxis Bd. 76 S. 16 f. (vgl. auch Bd. 78 S. 311 ff.) als eine Verirrung gekennzeichnet, bin dabei aber auf den energischen Widerspruch Meyers gestofsen, der sich in zwei Entgegnungen in derselben Zeitschrift, Bd. 77 S. 364 ff., Bd. 79 S. 446 ff., äufsern durfte. Mir bietet sich erst jetzt Gelegenheit, auf diesen Streit zurückzukommen.

1. Auf Grund seiner langjährigen Erfahrung aus dem gemeinen Recht teilt Meyer mit, es sei ihm kein einziger Fall vorgekommen, in welchem man den Beweis des Erwerbsgrundes für die Eigentumsklage für genügend gehalten hätte, dafern das Eigentum des Auctors bestritten war. Aber das hat wohl auch kein Mensch behauptet. Ich jedenfalls habe nie bezweifelt, dafs die Praxis auf dem von Meyer behaupteten Standpunkt stehe. Die Sache ist eben einfach die, dafs die Praxis gar keine Veranlassung hat, sich offen gegen das Dogma aufzulehnen, da man durch die Möglichkeit, bei Bestreitung des dominium auctoris die Klage als actio Publiciana anzusehen, es in der Hand hat, das Dogma zu umgehen. Mit Berufung darauf hatte ich dann gesagt, der Streit sei nur von geringer praktischer Bedeutung. Dennoch bringt Meyer es a. a. O., Bd. 77 S. 765, wie eine Offenbarung vor, die das scheinbare Rätsel löse, weshalb es trotz jenes gläubigen Standpunktes der Praxis ihm nicht erinnerlich sei, „dafs jemals der auf derivativen Erwerb sich stützende Kläger das volle Eigentum seines Auctoren nachgewiesen“ habe. Eine bessere Bestätigung, dafs das Dogma der probatio diabolica nur auf dem Papiere steht, kann ich mir nicht wünschen.

2. Eppur si muove, und es gilt doch! sagt Meyer, nicht nur auf dem Papiere, sondern auch thatsächlich, nämlich in den Ausnahmefällen, wo der Kläger zwar die Eigentumsklage, nicht aber die actio Publiciana anstellen kann, weil Kläger nicht in den Besitz gekommen ist. Diese Fälle kämen nur in der Praxis selten vor; ihm wenigstens sei nie ein solcher vorgekommen. Nun sind die Hauptfälle dieser Art Legat und im römischen Recht Manzipation ohne Besitzübertragung. Von diesen Fällen habe ich

der Hand sein und dem Kläger auch noch den Beweis des Erwerbes seiner Auctoren aufbürden. Aber die

---

Bd. 76 S. 18 ff. gehandelt. Dort habe ich ausgeführt, dafs allerdings, wenn der Testator zur Zeit seines Todes oder der Manzipant zur Zeit der Manzipation nicht Besitzer war, der Nachweis des dominium testatoris oder auctoris geführt werden müsse. Aber nicht anders, als wenn der Testator oder der Auctor selber die Vindikation angestellt hätte, also ohne auf das Eigentum seines Auctors zurückzugehen. Der Grund ist, dafs, wer eine Sache vermacht oder manzipiert, von der er thatsächlich nichts hat als die Klage auf Herausgabe, auch nur diese Klage übertragen kann. Das Legat oder die Manzipation der vom Testator oder Manzipatator nicht besessenen Sache sind thatsächlich nur eine Cession der rei vindicatio.

3. Die meisten Fälle strengen Eigentumsbeweises, die in der Praxis vorkamen, sagt Meyer, Bd. 77 S. 365, „waren Fälle aufserordentlicher Ersitzung, wenn z. B. Streit über ein Stück Land war, ob es zu diesem oder jenem Bauergute gehöre.“ Und Bd. 79 S. 447 giebt er endlich ein Beispiel aus dem Leben. „Es ist mir mehrfach vorgekommen,“ sagt er, „dafs niemand das Eigentum an einem Stück Land beweisen kann, nämlich wenn es sich um Streifen Landes, die keinen grofsen Wert haben, handelt, z. B. weit hinaus in der Heide liegende Landstücke, die nur benutzt werden, um Heidschnucken darauf weiden zu lassen. In solchen Fällen ist es schon schwer, den Besitz zu entscheiden. Nun verkauft und übergiebt A. seinen Hof mit dem Stück Land an B., während C. seinen Hof mit demselben Stücke Land an D. verkauft und übergiebt. D. befindet sich seit 9 Jahren im ruhigen Besitze des Stückes Land, welches auf einmal durch den Bau einer Eisenbahn wertvoll wird. Nun tritt B. auf und verklagt D. auf Herausgabe des Grundstückes. Die herrschende Meinung sagt: Dann mufs B. beweisen, dafs das Grundstück früher A. gehörte, und da er das nicht kann, so behält der Besitzer das Grundstück. Dagegen sagt Pflüger: Dann mufs D. beweisen, dafs der A. Nichteigentümer war. In dem gewählten Beispielsfalle kann er das auch nicht, weil eben die Eigentumsverhältnisse nicht aufzuklären sind, also siegt nach Pflüger der Kläger B.“

Hier ist Meyer seiner Sache denn doch zu sicher. Es fällt mir gar nicht ein, solchen Unsinn zu behaupten, vielmehr entscheide ich genau so wie er, nur aus anderen Gründen.

Pontifices sollten ja nicht eigentlich ergründen, ob der Kläger Eigentümer sei, sondern sie hatten über den gescholtenen Eid des Beklagten zu Gericht zu sitzen. Nur um leichtfertige Eidesschelte zu verhüten, hatte man vom

Dafs Kläger seine Klage nicht einfach damit begründen kann, dafs er sagt, er habe den Hof von A. gekauft und übergeben erhalten, ist selbstverständlich. Aber nicht etwa weil die rei vindicatio auch den Nachweis des dominium auctoris verlangt, sondern weil die Klage nicht auf den Hof, sondern auf das Stück Heide geht. Ebensowenig kann er aber sagen, dafs er die Heide gekauft und übergeben erhalten habe, aus dem ebenso einfachen Grunde, weil er nicht die Heide, sondern den Hof gekauft hat. Er hat die Heide nur als Teil des Hofes gekauft. Die einzig mögliche Begründung ist daher die, dafs er den Hof gekauft und übergeben erhalten habe, und dafs die Heide ein Teil des Hofes sei. Ist jenes unbestritten, so wird er thatsächlich nur dieses zu beweisen haben. Und das kann er allerdings nur so, dafs er den Titel, der ihm fehlt, bei seinem Auctor A. holt. Er kann z. B. nachweisen, dafs A. die Heide zum Hofe zugekauft habe. Nach dem Eigentum des Auctors des A. wird ihn dagegen niemand fragen, und darum ist dieses Zurückgehen auf das dominium auctoris so wenig ein Fall der probatio diabolica wie die Fälle unter 2. Dasselbe gilt natürlich, wann nachgewiesen wird, dafs A. die Heide durch 30jährigen Besitz ersessen habe.

4. Gegenüber meiner Bemerkung, dafs der Streit um die probatio diabolica nur von geringer praktischer Bedeutung sei, behauptet Meyer, die Bedeutung sei im Gegenteil „sehr erheblich“ in den Fällen der l. 9 § 4 D. 6. 2 und l. 14 D. 20. 4. Wenn diese Fälle wirklich in der Praxis so häufig vorkommen, wie Meyer anzudeuten scheint — ich weifs es allerdings nicht und bezweifle es —, so bin ich natürlich sofort bereit, mein Urteil zu ändern. Was aber Meyer gegen meine Ausführungen über diesen Punkt (Bd. 78 S. 311 ff.) vorbringt (Bd. 79 S. 449 f.), bedarf nicht der Widerlegung.

Schliefslich will ich noch bemerken, dafs ich entfernt nicht daran denke, über eine langjährige praktische Erfahrung, wie Meyer Bd. 79 S. 447 meint, gering zu urteilen, sondern ganz allein über den kritiklosen Gebrauch, der ab und an davon gemacht wird.

Kläger die Einsetzung des Gegeneides verlangt, und verlangten die Pontifices jetzt vom Kläger den Nachweis, dafs er den Eid, die Sache sei sein, nicht ohne Grund geschworen habe. Dazu genügte aber der Nachweis seines Erwerbsgrundes zweifellos. Dafs der Beklagte vor dem König seine Auctoren herbeiholen mufste, hatte seinen guten Sinn. Man suchte den Dieb. Aber jetzt mit einem Male von dem Kläger das zu verlangen, was man bisher nur vom Beklagten zu verlangen gewohnt war, wäre eine schreiende Ungerechtigkeit gewesen. Denn man hätte dem Kläger, vielleicht nach langen Jahren, das aufgebürdet, wovon der Beklagte schon nach ein- oder zweijährigem Besitz befreit war. Und bis zum wievielten Auctor hätte der Kläger denn zurückgehen sollen? Dafs er damals, als er noch im Besitze war, sich seinerseits als Beklagter auf den usus hätte berufen können, konnte ihm jetzt nicht helfen. Das Recht, auf den usus gestützt, die Antwort nach dem Erwerbsgrund zu verweigern und ohne Auctoren fertig zu werden, war ein ausschliefsliches Recht des Beklagten, und der Beklagte, beatus possidens, hatte es eben erst geltend gemacht. Die Usucapion aber, durch die derselbe Zweck hätte erreicht werden können, war, wenn auch ein Kind des usus, zur Zeit des alten Prozesses noch nicht erfunden.

Die Entwicklung der U s u c a p i o n ist so zu denken. Wenn im ältesten Prozefs der Beklagte, auf seinen usus gestützt, den Bescheid über die causa verweigert und den Eid über sein Recht geleistet hatte, dann konnten die Pontifices, indem sie die Richtigkeit seines Eides untersuchten, nicht umhin, ihn doch wieder nach seinem

Erwerbsgrunde zu fragen. Natürlich ohne zugleich die Gestellung des Auctors zu verlangen, dessen Gewährschaftspflicht ein für allemal erloschen war, ohne überhaupt auf eine Prüfung der Befugnis des Auctors, über die Sache zu verfügen, einzugehen. Dadurch, dafs man den Beklagten trotz seines usus nach der causa fragte, war überdies das Gleichgewicht zwischen den Parteien wieder hergestellt: zugleich ein weiterer Beweis dafür, dafs der Kläger, der von dem Könige überhaupt nie nach seinem Erwerbsgrunde gefragt wurde, diesen, aber auch nur diesen, vor den Pontifices anzugeben hatte.

Als dann der altrömische Prozefs zur legis actio sacramento wurde, kam zu dem Beweise des Titels noch der des usus und der bona fides hinzu. Jener, um ihn dem Magistrat abzunehmen, dieser als Ersatz für den weggefallenen wirklichen Eid. Aber natürlich hatten die Pontifices es in der Hand, wenn der Fall ihnen danach zu liegen schien, auf die erst von ihnen aufgestellten Erfordernisse, Titel und fides, zu verzichten, sich mit dem allein gesetzlichen Erfordernis des ein- oder zweijährigen Besitzes begnügend. So entstanden neben den regelmäfsigen die bekannten anomalen Fälle der Usucapion. Und so finden auch die Ausführungen Stintzings[120] über eine ursprüngliche Usucapion ohne Titel und fides, bei der von dem Ersitzenden nur verlangt wurde, dafs er nicht fur sei[121], eine merkwürdige Bestätigung. Nur

---

[120] Das Wesen von bona fides und Titel in der römischen Usucapionslehre S. 1 ff.

[121] Wegen des bekannten Satzes der lex Atinia: Quod subruptum erit eius rei aeterna auctoritas esto (Gellius

dafs diese Usucapion noch nicht Usucapion, sondern usus hiefs, und dafs Stintzing an einen Eid dessen,

N. A. 17, 7 § 1). Der ursprüngliche Sinn ist: die Beschränkung der Gewährschaftspflicht auf ein Jahr bei beweglichen Sachen gilt nur, wenn der Vorwurf des furtum nicht erhoben ist. In diesem Falle mufs der Auctor immer noch gebracht werden und sich über seinen Erwerb ausweisen. Denn die Suche nach dem Dieb kennt keine Rücksicht. Vgl. Mommsen, ad legem de scribis et viatoribus et de auctoritate S. 20 ff. Bechmann, Kauf I S. 120. —

Bei der Gelegenheit mögen auch einige Worte über den XII Tafelsatz: adversus hostem aeterna auctoritas (Cicero, de officiis 1. 12, 37) erlaubt sein. Bei diesem will Bechmann (a. a. O. S. 119) die von Mommsen (a. a. O. S. 19 f.) behauptete Beziehung zur Auctoritas und zur Usucapion nicht anerkennen. Beide von Mommsen zur Auswahl gestellten Erklärungen verwirft er. Von der Gewährschaftspflicht gegen einen peregrinischen Käufer könne der Satz nicht handeln, weil adversus und adversarius grade im Prozefs die Gegnerschaft bezeichne, hier dagegen von Unterstützung im Prozefs die Rede sein solle. Noch weniger könne man aber den hostis als Gegner, d. h. als Evincenten, gegenüber einem Bürger als Beklagten denken. Denn es ergebe sich dann der ganz unerfindliche Satz, dafs der Bürger, der eine Sache des hostis kauft, dem hostis gegenüber die Auctoritas des Verkäufers für alle Zeiten nötig habe. Dafs eine solche Begünstigung des hostis auf Kosten des Bürgers unerfindlich ist, ist allerdings richtig.

Der Fehler Bechmanns liegt aber darin, dafs er als selbstverständlich voraussetzen zu müssen glaubt, dafs hostis einen Fremden mit commercium bedeute. Vielmehr kommt umgekehrt gerade in unserem Satze der Mangel des commercium beim hostis zum gesetzlichen Ausdruck. Denn eben weil der hostis kein commercium hat und daher kein Eigentümer werden kann, ist der römische Verkäufer ihm gegenüber in alle Ewigkeit zur Gewährschaft verpflichtet. Eben darum kann er dann auch nicht ersitzen. Das Wort adversus kann doch im Ernst nicht entgegenstehen. Denn ebensowenig wie man das Wort hostis in dem Sinne des klassischen Sprachgebrauchs nimmt, darf man das auch hier thun. Spricht man doch auch im Deutschen von einer Verpflichtung gegen jemand, und ist doch die ur-

der sich auf diese Art von Ersitzung berief, und durch den allein der von Stintzing erschlossene ursprüngliche Rechtszustand erträglich wird, nicht gedacht hat.

Den Namen und Begriff der Usucapion, als Ausdruck des Satzes, dafs durch den usus Eigentum erworben wurde, ebenso wie diesen Rechtssatz selbst, wird man freilich erst dann gebildet und aufgestellt haben, als man auf den Gedanken verfiel, ihn auch für den Kläger nutzbar zu machen.

Die Pontifices, haben wir gesehen, konnten nicht umhin, den Beklagten trotz seines usus nach seinem Besitztitel zu fragen. Aber sie liefsen mit sich reden, und begnügten sich mit einem geringeren Titel, statt des Nachweises der förmlichen Manzipation mit dem der traditio ex iusta causa, und so thaten sie denn zugleich den ersten Schritt zur Anerkennung des bonitorischen Eigentums. Sollte man den Kläger, wenn er nur Tradition beweisen konnte, schlechter behandeln? So prägte man den nur auf den Beklagten gemünzten, rein prozefsrechtlichen Satz vom usus um und gab ihm eine materiellrechtliche, auch dem Kläger zu gute kommende Fassung. Mit dem Satz, dafs der usus den Beklagten von der Pflicht, seine causa zu nennen und seinen Auctor zu stellen, befreie, konnte der Kläger nichts anfangen. Anders mit dem Satze, dafs durch ein- oder zweijährigen Besitz, iusto titulo und bona fide, Eigentum erworben werde.

---

sprüngliche Bedeutung des Wortes einfach so viel wie „zugewendet“, was von Haus aus ebensogut freundlich wie feindlich gemeint sein kann. — Vgl. auch l. 36 D. 121: obligatio tua adversus me, cit. Vocab. Jurisprud. Rom. I 279 (bei der Korrektur).

VIII.

Ehe wir zum Schlufs der legis actio sacramento in personam ein paar Worte zuwenden, sei noch einer von Valerius Probus überlieferten rätselhaften Note gedacht, die man bisher nicht hat unterbringen können, und die zu besprechen sich uns in der bisherigen Untersuchung keine Gelegenheit geboten hat.

S. N. S. Q. si negat sacramento quaerito[122].

Diese Note steht mitten zwischen solchen, die zweifellos zur legis actio sacramento in rem gehören und dadurch auch ihre Zugehörigkeit zu dieser bezeugen. Insbesondere folgt sie auf die Note:

E. J. M. C. V. ex iure manum consertum vocavit,

die sich unstreitig auf das bekannte Verfahren zur Einleitung der Vindikation eines Grundstücks beziehen[123]. Das giebt zu denken. Erinnert man sich nämlich der bekannten Thatsache, dafs in der römischen Rangordnung der Vermögensstücke auf die unbewegliche die bewegliche Sache folgt[124], so möchte man unsere Note mit einem entsprechenden Vorverfahren zum Prozefs um be-

[122] Vgl. dazu Keller-Wach a. a. O. Anm. 206.

[123] Vgl. Keller a. a. O. § 14 bei Anm. 211.

[124] Rudorff, Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft III S. 62. Lenel, Edictum S. 29 bei Anm. 6.

wegliche Sachen in Verbindung bringen. Ein solches konnte in der That nicht entbehrt werden. Denn wie beim Streit um Grundstücke durch das ex iure manum consertum vocare, ursprünglich wenigstens, der Beklagte genötigt wurde, zu der streitigen Sache zu kommen: ebenso bedurfte es bei beweglichen Sachen eines Verfahrens, damit die streitige Sache mit ihm ins Gericht kam. Zur Zeit des Formularprozesses hatte man dafür die actio ad exhibendum. Dafs man zu demselben Zweck eine besondere legis actio gehabt hätte, ist nicht wahrscheinlich. Es ist daher anzunehmen, dafs die Herbeischaffung der Sache durch ein Vorverfahren, entsprechend dem ex iure manum consertum vocare vermittelt wurde.

Wie nun, wenn der Beklagte den Besitz der Sache ableugnete? Nach dem Recht des Sachsenspiegels[125] konnte in solchem Falle der Kläger verlangen, dafs der Beklagte seine Ableugnung eidlich erhärtete. Denselben Sinn haben die Worte, die uns hier beschäftigen. Sie sind nicht Teil des Formulars, sondern als Anweisung für den Kläger zu denken. „Wenn er, der Beklagte, leugnet, nämlich den Besitz, dann soll er, der Kläger, ihn unter Eid fragen", das heifst die Frage nach dem Besitz des Beklagten, unter Vorsagung einer entsprechenden Eidesformel, wiederholen. Wir hätten damit zugleich einen Fall, wo noch bei der legis actio sacramento unter sacramentum ein wirklicher Eid verstanden wurde. Ob darauf die bekannte Stelle des Festus v. Sacramento[126] sich bezieht?

---

[125] Ssp. I 15 § 2. Vgl. Laband, Vermögensrechtliche Klagen, S. 59.

[126] Abgedruckt S. 15.

IX.

Von der legis actio sacramento in personam wissen wir, wie schon bemerkt, leider sehr wenig. Aber doch genug, um uns ein Bild machen zu können[127]. Unsere Hauptquelle ist, da der betreffende Abschnitt des Gaius unleserlich ist, Valerius Probus. Von ihm haben wir die Note:

A. T. M. D. O. aio te mihi dare oportere.

So begann hier zweifellos der Kläger. Und der Beklagte antwortete ganz entsprechend:

nego me tibi dare oportere.

Aber natürlich nannten beide auch den Gegenstand des dare.

Eine zweite Note lautet:

Q. N. T. S. Q. P. quando negas te sacramento quingenario provoco.

Diese Aufforderung zum sacramentum folgte zweifellos sofort auf des Beklagten Negation. Das Weitere kann man sich denken[128].

Auch die legis actio sacramento in personam ist aus

---

[127] Vgl. zum Folgenden Keller-Wach a. a. O § 13.

[128] Über die dritte Note: Q. N. Q. A. N. Q. N. quando neque ais neque negas vgl. Keller-Wach a. a. O. Anm. 206.

einem altrömischen Schuldprozeſs, der sich ganz vor dem König abspielte, hervorgegangen.

Verweisen wir zum letztenmal auf das deutsche Recht. Auch nach dem älteren deutschen Recht[129] konnte die Klage um Schuld — allerdings nur um bestimmte Geldschuld, certa pecunia — aus der nackten, unsubstanziierten Behauptung bestehen, Beklagter sei dem Kläger die und die Summe schuldig: aio te mihi C dare oportere ins Deutsche übersetzt. Einer solchen Klage „entging der Beklagte mit seiner Unschuld", das heiſst er konnte sich durch seinen Eid von der Klage freischwören. Wenn dagegen der Kläger seine Klage substanziiert hatte, war dadurch dem Beklagten der Eid verlegt.

Dafür daſs auch der altrömische Schuldprozeſs der unsubstanziierten Klage gegenüber den Unschuldseid erlaubte, wollen wir uns nicht auf das Zeugnis des Dionys von Halicarnaſs[130] berufen, wonach zuerst Numa angeordnet hätte, daſs, wenn Verträge ohne Zeugen abgeschlossen worden waren, der Eid einer Partei den Ausschlag geben solle. Es ist auch ohne dieses zweifelhafte Zeugnis wahrscheinlich. Aus dem Falle der Schelte eines solchen Unschuldseides konnte sich dann die legis actio sacramento entwickeln, jede weitere Spur des alten Schuldprozesses vernichtend.

---

[129] Vgl. Laband, Vermögensrechtliche Klagen, S. 10 ff.
[130] Antiq. Rom. 2. 75.

Inhalt.

Pierer'sche Hofbuchdruckerei Stephan Geibel & Co. in Altenburg.





